DEL

TESTAMENTO PUBBLICO

SECONDO IL CODICE CIVILE DEL REGNO

TESI PER LAUREA

DI

POLACCO VITTORIO

DEL

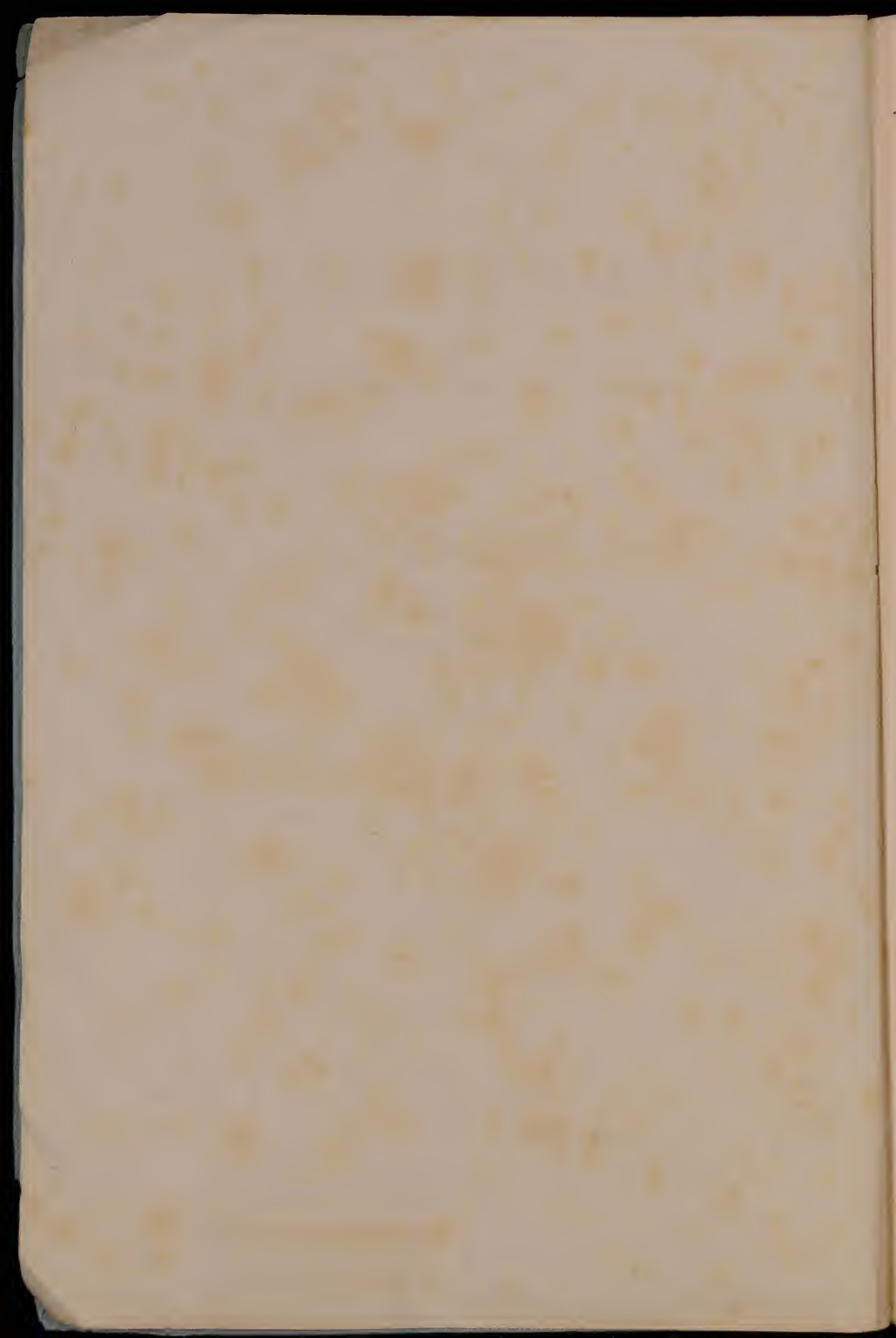
TESTAMENTO PUBBLICO

SECONDO IL CODICE CIVILE DEL REGNO

TESI PER LAUREA

DI

POLACCO VITTORIO

PADOVA
COI TIPI DEL SEMINARIO
1879

INTRODUZIONE

SULLE FORME TESTAMENTARIE IN GENERE

Sommario. Importanza e difficoltà della materia delle successioni. Cause da cui derivano. Attinenze colla filosofia. Questioni preliminari di Diritto filosofico, particolarmente sulla fonte del diritto di testare. Nesso della questione coll'argomento delle forme testamentarie, e sua soluzione. Ufficio delle forme in genere e delle forme testamentarie in ispecie. Influenza delle formalità sulla capacità di testare. Canone fondamentale in materia di solennità testamentarie. Forme ordinarie di testamento ammesse dal nostro Codice. Inconvenienti dell'olografo ed unico suo vantaggio della secretezza. Se e come realizzabile questo vantaggio nel testamento notarile. Proposta di abolizione dell'olografo come forma ordinaria. — Solennità comuni e solennità speciali alle varie forme. Il testamento notarile in rapporto alla Legge sul Notariato. — Come possa accadere che le formalità testamentarie diano luogo a questioni.

Chi coltiva lo studio del privato diritto non può, giunto che sia alla materia delle successioni, non arrestarsi pensoso dinanzi a questo fra tutti i civili istituti importantissimo, e tale per vastità di subbietto e per difficoltà e complicanza di questioni, da potersi paragonare, lungi da ogni iperbolico rettoricume di frasi, ad uno smisurato campo per tutte parti irto di ostacoli. Queste materie infatti, lo afferma il Toullier [1]), sono state sempre riguardate come le più sottili e le più difficili della giurisprudenza. Di che parmi principalissima causa l'indole stessa dell'istituto, che concerne patrimoniali rapporti e si connette ad un tempo col Diritto di famiglia, dove a meglio dire ha sua base e radice, toccando per ciò stesso ragioni ed interessi d'ordine pubblico, sicchè giustamente si è detto [2]) essere l'eredità il fondamento e

1) Toullier. Le Droit civil français. T. III. pag. 6 n. 1. (Bruxelles 1847).

2) V. Pertile, Storia del Diritto. Vol. IV. pag. 6.

quasi la pietra angolare di tutto l'edifizio giuridico ed un prodotto dell'indole propria di ciascun popolo che s'immedesima colla sua vita. — Non vi ha ramo del Diritto civile dov'essa non estenda le sue propagini, e tuttavolta spicca fra tutti per originalità di caratteri, come quella che muove là dove gli altri si arrestano, e dove il Diritto, pur chiamato a regolare soltanto gli esteriori rapporti, si trova di faccia in tutta la sua tenebrosa grandezza l'eterno problema della morte, che trascina pertanto il civilista istesso a riflessioni del più puro ordine filosofico, perchè, viva erompendo quivi la lotta, violento il cozzo fra spiritualisti da un canto e materialisti dall'altro, non può non ripercuotersene l'eco nella stessa trattazione giuridica. Infatti le prime questioni che, non appena mosso il piede sullo scabroso terreno, ci si affollano intorno, sono questioni di capitale importanza dove l'elemento filosofico metafisico per lo appunto campeggia. È giusto, ci si domanda anzitutto, è conforme a natura e a ragione questo trapasso di sostanze che nel nome di successione si compendia, o non dovrebbero piuttosto quelle, una volta abbandonate da chi ne teneva esclusivo il dominio, ricadere nella cosidetta comunion negativa? E data pure la legittimità della successione, per quanti modi ammettere ch'ella possa aver luogo? Dovrà cioè colla legittima accogliersi altresì la testamentaria? E se infine ci si accorda sulla convenienza di far posto nella legge anche a quest'ultima, la si dovrà poi considerare come sanzione di un diritto naturale, o perchè emanazione diretta del dominio, o perchè frutto della individuale libertà, o non vi si dovrà invece ravvisare una semplice creazione del positivo Diritto?

Ad evitare il più possibile disgressioni superflue, tuttochè attraenti, mi fermo a quest'ultimo interrogativo soltanto, il quale ha sempre diviso in due campi i più dotti giureconsulti, così che se gli uni possono vantare i nomi di Cicerone, Teofilo, Cuiacio, Grozio, Leibnitz, Gravina, Vinnio, Donello, Barbeyrac, Burlamacchio, Furgole, Troplong, stanno cogli altri, falange non meno numerosa ed eletta, Puffendorf, Bynkersock, Montesquieu, Gilbert de Voisin, Rousseau, Mably,

Robespierre, Merlin, Toullier, Proudhon, Grenier, per tacere di molti pure illustri.

Il trattarne colla dovuta ampiezza eccederebbe i limiti del presente scritto, oltre di trarci in gran parte fuor d'argomento; dico però in parte e non del tutto, poichè la soluzione di questa controvversia non ha importanza meramente teorica; chè anzi, se mi parrebbe difetto il non farne il menomo cenno, gli è appunto perch' essa fu ben lungi dal riuscire praticamente tanto estranea all' argomento delle formalità testamentarie quanto a prima giunta potrebbesi credere. Cosifatta influenza che la questione esercita sul concetto dell' ufficio di dette forme e sul conseguente indirizzo sia nel costituirle (ciò che si attiene alla legislazione), sia nell'applicarne le regole (opera questa della giurisprudenza), è riconosciuta apertamente in un giudicato della Corte d'Appello di Bologna [1]), ov' è detto press' a poco che, quando si ammetta che il diritto di testare la legge non lo accordi, ma solo lo riconosca e protegga come facoltà attribuita dal Diritto naturale, ne discende che le disposizioni, ch' essa legge poi detta circa le forme onde ne regola l'esercizio, sono tutte ispirate da uno scopo protettore, per cui la interpretazione loro non può essere spinta oltre i limiti segnati dal fine a cui sono dirette, non potendosi supporre che il legislatore abbia voluto tutelare il diritto del cittadino con forme eccedenti la necessità dello scopo, il che recherebbe anzichè protezione inceppamento alla facoltà di testare. Non troverei ora difficoltà a raccogliere e contrapporre a queste massime, tanto benigne, passi di autori e giudicati di tribunali, ispirati ad un concetto tutt' opposto, per ciò solo che quanto alla questione in discorso vi si parte dalla teoria contraria [2]). Concordano tutti nel riconoscere la necessità ed importanza delle solennità testamentarie, ma per

---

1) Sent. 14 Aprile 1873. (Ann. giur. it. VII. 2, pag. 637).

2) Ecco, per citarne una fra tante, come conchiudeva una Sentenza 9 Luglio 1872 della Corte di Appello di Macerata, cassata dalla Corte di Torino 8 Gennaio 1876, nell'annullare un testamento « In materia di forme testamentarie il rigore della legge non è mai soverchio, essendo il testamento un' eccezione alla regola generale di successione che è la legittima ». V. Ann. giur. it. X, 1. 163.

quelli come guarentigia di un diritto naturale e facilitazione al suo svolgimento, per questi al contrario quale freno alla più ardita, utile o meno non importa discutere, fra le creazioni del Diritto Civile. Di qui due correnti, che potrebbero riuscire ugualmente pericolose, come mi farò a dimostrare fra breve.

Dovendo ora dunque esporre sommessamente il parer mio, dirò che, se nel Diritto naturale deve incontrastabilmente cercarsi la fonte della successione legittima, ben altro è invece il fondamento della facoltà di testare: anzi, giusto perchè è di Diritto naturale la prima, non la è nè potrebbe essere l'altra. Infatti se è legge di natura che, morto l'individuo, gli succeda la famiglia, società naturale per eccellenza, ente a lui più prossimo, non potrà essere al tempo stesso legge di natura che possa l'arbitrio di lui a quella sostituirsi, in guisa da escludere con aperta ingiustizia, se così gli piaccia, questa famiglia istessa. Si disse [1]) ch'è d'uopo distinguere il fondamento del diritto di testare dal movente o causa che ne determina l'esercizio, e che i vizii, che eventualmente deturpino una istituzione, non possono farla senza altro proscrivere. Il principio è giustissimo e corrisponde al detto di Bacone, non potersi per ciò solo che v'ha chi si ubbriaca chiudere addirittura tutte le cantine. Ma mi si permetta di osservare che, stando pure al fondamento del diritto e prescindendo quindi dalle cause che di volta in volta determinano a testare in favore dell'uno piuttostochè dell'altro, col dire ch'esso è una facoltà naturale si afferma che l'uomo ha per sè stesso, in quanto è uomo, il potere di disporre *come vuole* e in favore *di chi vuole* pel tempo in cui *non sarà più;* quindi esso includerebbe di necessità la *facoltà* di disporre contrariamente ai sentimenti e doveri di famiglia, perchè si parla di diritto di testare in genere, non già di un diritto di testare in seno alla famiglia e con distribuzione fra i membri di essa. Epperò potremmo dire che il padre, il quale disponesse di tutta la sostanza in favore di

---

[1]) Pacifici-Mazzoni. — Comm. al Codice Vol. III. delle successioni, (VI. dell'opera) n. 18.

estranei, nulla lasciando ai propri figli, come potè essere per lungo tempo in Roma in base all'assoluto principio « *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave rei ita ius esto* », eserciterebbe nè più nè meno di un naturale diritto! — Aggiungasi d'altra parte che, pur non aderendo alla violenta filippica di Mirabeau, il nemico acerrimo del testamento, che può riassumersi nel principio «*Mors omnia solvit*», tanto meno però, prendo a bella posta i due estremi, penserei col Leibnitz connettersi il diritto in questione coll'immortalità dell'anima, persuaso che, se questa è destinata ad « *una patria infinita oltre le stelle* », vi sale però allora soltanto ch'è sciolta in ogni modo dai lacci della vita terrestre, nè trova quindi fondamento in natura che acquisti consistenza e forza d'impero la volontà sulle cose in quello stesso momento, in cui l'uomo perde ogni legame con esse. Sino a che un filo di vita gli resta l'atto non è definitivo, anzi sempre rivocabile, cioè quanto agli effetti è come se quell'atto non fosse stato fatto, e diventa capace di conseguenze giuridiche solo allora che il suo autore cessa di vivere, sicchè la sua efficacia gli deriva da ciò, che si suppone quasi che egli lo abbia fatto o che almeno vi abbia volontariamente apposto il suggello in quel momento, il che è assurdo, perchè, appunto in quel momento cessando egli di esistere, nulla è più in grado di fare o confermare di quanto alle mondane cose si attiene [1]).

Assodata pertanto l'origine tutta positiva del diritto, io non mi porrò tuttavia fra quelli che gli negano ogni ragion d'essere [2]), non esitando invece a riconoscere in esso, se moderato da un buon sistema sulla legittima, ch'io vorrei per esempio stabilita su più larga scala che non sia presso di noi, e quanto alla misura e quanto alle persone cui accordarla, a riconoscervi, dico, una creazione assai felice, perchè valido appoggio al rispetto della paterna autorità, stimolo al

---

[1]) Parmi questo l'argomento il più vitale in sostegno del mio assunto, riconoscendo invece anch'io l'inconcludenza di quello dedotto dalla non simultaneità di concorso delle due volontà, del testatore e dell'erede.

[2]) V. in questo senso Ricci, Corso teorico-pratico di Diritto Civile Vol. III. pag. 105.

risparmio, facoltà preziosissima per cui spesso «l'uom s'eterna», e che, se non emana dal Diritto naturale, corrisponde tuttavia ad un naturale sentimento dell'animo, essendo, per dirla con Toullier [1]), dopo la religione il più dolce conforto dell'uomo morente.

Lungi ora dunque da noi nella materia delle forme le diffidenze e i disfavori degli uni non meno che gli entusiasmi e la cieca benevolenza degli altri; riconosciamo spassionati nella facoltà di testare un diritto come un altro, che la legge non odia, tanto è vero che lo crea, ma che d'altronde non ha ragioni per prediligere, e quindi nelle solennità speciali ch'essa vi impone un fine non diverso da quello al quale sono generalmente ordinate le forme in tutto il campo giuridico.

Nel Diritto infatti possono distinguersi due parti, sostanza e forma, donde, per usare il linguaggio della scuola, il Diritto statuente ed il processuale, ed in ogni ramo della legislazione correlative ad essi due specie di Codici. L'importanza massima delle forme, oltrechè dal fatto di non poter far uso nelle umane cose che della verità estrinseca (di qui l'adagio «*Non esse et non apparere est idem in iure*») dipende da ciò, che in esse i principii trovano il più efficace presidio, di guisa che il culto loro sarà indizio certo di sociale progresso, il difetto o la negligenza di civiltà ancora arretrata. Rappresentano, per così dire, ciò che rispetto al corpo animale l'epidermide, involucro e difesa degli organi, veste loro necessaria. Tali in ispecie le forme che, immedesimandosi col contenuto, precisamente come l'epidermide coll'organismo, e divenendo pegli istituti altrettante condizioni di essenza, pigliano da ciò appunto il nome di *essenziali*. Di qui l'impossibilità molto spesso di una precisa linea di demarcazione, di un taglio netto tra la forma estrinseca e la forma intrinseca e il contenuto, com'è prova, per tacer d'altro, la questione, non di poca importanza nel Diritto transitorio e nell'internazionale privato, e variamente decisa dalla Giurisprudenza, sulla natura del divieto del testamento reciproco o congiuntivo. Senonchè alle

---

[1]) Toullier III. n. 344, pag. 97.

dette forme l'opera della civiltà altre ne sovrappone per maggior guarentigia e tutela, simile all'uomo, mi si permetta di continuare il confronto, che, uscito dallo stato selvaggio, ricopre di vestimenta il corpo divenuto più delicato e sensibile all'azione degli elementi. Non siamo più nel campo della stretta necessità, ma sono ragioni di utilità che le suggeriscono, non ultima fra queste la considerazione del risveglio prodotto per mezzo di questo esterno apparato sull'animo di chi sta per compiere il negozio giuridico, in quanto lo costringe a riflettere sull'importanza e gravità del medesimo, riflessione cui forse non lo avrebbe condotto il trovare a sè dinanzi la via tutta facile e piana. Epperò, finchè restiamo entro questi limiti, potranno bensì apparire quali impedimenti, ma impedimenti benefici, che ci salvano molto spesso da atti inconsulti. Ecco invece queste forme istesse riuscire altrettanto dannose, quanto apparvero provvidenziali in origine, se mai, moltiplicate a dismisura, finiscano col soffocare la sostanza, simile anche qui all'individuo che, non pago dei soddisfatti reali bisogni, se ne crea sempre nuovi e fittizii, abbandonandosi al lusso, tarlo roditore delle più felici esistenze. Guarentire il più possibile gli umani diritti, non impastoiarne senza necessità l'esercizio, a questo e non altro dovrà l'ufficio loro ridursi.

Si applichi ora il principio ai testamenti e si vedrà risultarne che le solennità in essi devono mirare unicamente a renderli atti serii, veri e liberi; dal momento che la legge civile, dice Grenier [1]), ha permesso all'uomo di elevare la sua volontà al di sopra della regola, ch'essa stessa avea posta nelle successioni, essa ha potuto e dovuto apporre a questa facoltà la condizione che si seguissero le forme che giudicò *necessarie* perchè la volontà dell'uomo fosse *assicurata e costante,* ed è perciò che [2]) la forma, che perfetta è scudo della volontà, imperfetta la rende vana. Chè se il rigore della legge apparisce quivi molto maggiore che altrove, in ciò è da ve-

---

[1]) Grenier. *Des donations et des testaments.* II. n. 240.

[2]) Borsari III. pag. 301 Comm. all'Art. 774.

dersi una necessità derivante dall'indole propria dell'istituto, della quale si è sopra discorso, e per cui non sarebbe ad esso sufficiente quel corredo di forme, che basta invece alla tutela di altri diritti [1]). Ora una volta che il legislatore abbia con simili intenti stabilite certe solennità testamentarie, è opera, ripetiamo, riprovevole il lasciarsi trasportare nell'applicarne le regole da subbiettive inclinazioni od avversioni, in genere dal vario modo di considerare l'istituto, avvegnachè e chi largheggia in favore e chi per eccesso di rigore cavilla, contravviene ugualmente allo spirito della legge. All'uno farei osservare, in via di esempio, col Ceneri [2]) che, se vi fu legislazione che largamente abbia ammesso ed altamente proclamato il principio della libera testamentifazione, questa fu certo la romana, ma che pure essa, così favorevole alla testamentifazione, così propensa a interpretare la volontà del defunto «*ex bono et æquo*» [3]), quando si trattasse della questione se le estrinseche solennità richieste fossero o no state adempiute, pronunciava la severa regola «Necesse est secundum scripti iuris rationem expediri» [4]), regola che il Pothier [5]) così traduce «Interpretatio versatur non circa observantiam solemnitatum testamenti, *in quibus nihil suppleri potest,* sed circa hoc de quo ambiguum est an ita voluerit, nec ne testator». All'altro invece non avrei che a ricordare essere in ogni modo arbitrario tutto ciò ch'è fuori della legge od anche della «ratio legis» e che, è il Romagnosi [6]) che ce lo insegna, l'irrogare la pena di nullità per inosservanza di

---

1) Non accoglierei quindi senz'altro la ragione che del maggior formalismo in questa che non nella materia dei contratti ci è somministrata da un passo di D'Aguesseau (L. 3. pag. 386) riportato da Toullier (V. n. 446), essere cioè essenziale all'umano consorzio che vi siano dei contratti, non necessario invece che vi siano dei testamenti.

2) Ceneri. Ricordi di Cattedra e foro pag. 340.

3) l. 12 e l. 24 D. de reb. dub. 34. 5.

4) l. 16 D. de condit. et demonstr. 35. 1.

5) Pothier. Pand. reord. Tit. de legatis n. 146.

6) Romagnosi. Sulle forme testamentarie (Romagnosi Opere Vol. II Firenze 1844. pag. 210-360).

forme estrinseche, come qualunque altra pena, è una prerogativa di assoluto diritto pubblico del solo legislatore, a cui solamente in vista di rapporti speciali spettava di stabilire ogni formalità estrinseca, nè può essere mai un attributo dell'autorità giudiziale, le cui competenze si restringono ad applicare la legge al caso e non a creare pene per quei casi che il legislatore lasciò esenti da sanzione penale.

L'importanza delle formalità è altresì collegata colla stessa capacità di testare, in questo senso, che, dall'ammettere alcune forme ed altre invece escluderne può dipendere la costituzione di alcune cause di incapacità. Data, per ipotesi, una legislazione che non ammettesse se non il testamento olografo, ecco rimanere esclusi dalla facoltà di testare tutti gli analfabeti; data per converso una legislazione che non riconoscesse che il testamento pubblico, quale è presso di noi, e di cui precipue condizioni di essenza sono la dichiarazione orale del testatore e la lettura da lui o a lui fatta delle sue disposizioni, ecco questo beneficio assolutamente interdetto al sordo-muto ed al muto, tuttochè capaci di scrivere. Potrebbe sembrare quindi ottima quella legge che, più forme accogliendo, apra a più estesa cerchia di persone, anzi a tutti e a tutti nel modo il più agevole, l'adito alla testamentifazione. Senonchè, fermi ai sovraesposti principii, troviamo subito che non è questo il solo criterio direttivo per una buona legislazione in materia di forme testamentarie, dovendo per esse contemporaneamente mirarsi anche alla sicurezza delle estreme disposizioni, ragione per cui a me sembra, contro il parer di taluni [1]) fuor d'ogni ragionevole discussione la sconvenienza del testamento puramente nuncupativo. Ne discende pertanto che la bontà delle forme testamentarie sta, per usare un linguaggio oggi di moda in tutte le scienze, in ragione inversa delle incapacità o almeno dei vincoli che importano a testare e in ragione diretta della sicurezza che ne deriva pella serietà e libertà delle disposizioni. — Tanto sono convinto doversi tener conto di entrambi questi elementi, di en-

---

1) V. fra questi Lissoni: *Trattato pratico sul testamento* (Milano 1866) pag. 16.

trambi questi criterii, che, pur non dissimulando una tal quale simpatia pel testamento pubblico, come quello che circondato, com'è in complesso nel nostro Codice, da solennità non troppo minuziose, offre le massime guarentigie, non disconosco l'utile che può provenire dall'ammettere, almeno in circostanze speciali, anche altre forme.

E qui, avendo per l'appunto lo studio delle solennità testamentarie in genere un duplice oggetto, cioè la varietà dei modi onde potersi testare, e le speciali solennità dal cui complesso ciascun modo o forma risulta, prima di sceglier fuori una di queste forme, cioè il testamento per atto pubblico, allo scopo di analizzarne le singole parti, al che è precipuamente inteso il presente lavoro, mi si permetta di guardarlo nel suo assieme, contrapponendovi il mistico e l'olografo e specialmente (per la ragione dei contrarii, cioè perchè termine di confronto più spiccato) quest'ultimo, di cui, in ordine agli anzidetti principii, mi sento in grado tutt'altro che di tessere elogi.

Dalle forme stabilite per legge non si può decampare, cioè essendo quelle di Diritto pubblico non possono surrogarsi da altre per privata volontà del testatore [1]. Potrà bensì questi liberamente appigliarsi o all'una o all'altra di esse, tutte avendo uguale efficacia, anche se sussista fatto precisamente nell'una anzichè nell'altra un precedente testamento che si tratterebbe pertanto di revocare col nuovo. Non era così, per esempio, negli Statuti veneti dove si legge [2] « contra el testamento niun breviario vaglia nè carta fatta per nodaro forestiero. » — Ora le forme ordinarie secondo il nostro Codice sono, come testè accennai, il testamento olografo, il pubblico e il segreto. L'olografo è nè più nè meno che una scrittura privata e da ciò deriva: 1) che a paralizzarlo basta la semplice dichiarazione degli eredi del sangue di non riconoscerlo, laddove l'atto autentico fa piena fede di ciò che racchiude. — 2) che la legge non attribuisce all'olografo esecuzione se non dietro il deposito presso notaio, men-

---

[1] Cfr. Pacifici-Mazzoni, Istituzioni III. n. 63 pag. 76 (Firenze 1868).
[2] St. Ven. IV. 1.

tre all'atto autentico garantisce la esecuzione parata, la quale non può essere sospesa che da mandato di cattura in esito alla querela di falso in via penale o da disposizione dell'autorità giudiziaria in caso di querela di falso in via civile [1]). Questi i suoi caratteri; proviamoci ora a formularne un giudizio.

Quanto convenga la condizione della secretezza ad un atto di ultima volontà è cosa di tale evidenza che lo spendervi sopra parole parmi affatto superfluo. Ma chi non vede d'altra parte come sarebbe irragionevole il farne addirittura nella materia nostra il supremo principio, anzichè una circostanza da favorirsi possibilmente in quanto appaia conciliabile colla sicurezza dell'atto? Eppure è quasi esclusivamente in virtù di essa che l'olografo trovò nelle legislazioni la più benigna accoglienza, è la considerazione di questo vantaggio, raggiunto, non v'ha dubbio, con tale forma al massimo grado, che costituisce l'argomento il più forte dei suoi numerosi fautori. Ciò per tacere dell'altro argomento tratto dalla semplicità e pochezza di forme proprie di cosifatto modo di testare, argomento in cui sta invece a parer mio la sua maggiore condanna, perchè principal fonte dei gravi pericoli che lo minacciano. Infatti come giustamente osservava il Senatore Castelli alla Camera vitalizia nella tornata del 27 Marzo 1865, la legge si mostra incoerente nel circondare di infinite cautele e prescrivere minute formalità pel testamento pubblico e segreto, mentre dispensa, si può dire, l'olografo da ogni formalità atta a stabilirne l'autenticità, per cui o non è giustificata la diffidenza massima che il legislatore mostra nei testamenti notarili o non è concepibile la cieca fiducia che mostra di riporre nella sincerità dei testamenti privati. — Del resto, per tornare al primo punto, che lo scopo della secretezza prevalesse nell'animo del legislatore quando ammise l'olografo, lo prova la Relazione del Pisanelli a S. M., dove non se ne disconoscono i pericoli, tant'è vero che ad evitarli almeno in parte si proponeva l'obbligatorietà del deposito presso notaio, com'era nelle Leggi toscane e pel Codice Estense, ma non si

---

[1]) V. Sent. 26 Maggio 1876 della Corte di Appello di Catanzaro (Ann. giur. it. X, p. 2, pag. 361).

trovò da addurre in suo sostegno che queste parole: « Esso sottrae il testatore ad ogni straniera influenza e gli porge agevole il modo di provvedere con pienezza di libertà alla successione come meglio la intende e senza i pericoli di una anticipata divulgazione. » E concordemente la Corte di Venezia [1]) dichiarava « non essere nuovo che uno dei principali motivi concorsi a dare ospitalità nel Codice al testamento olografo fu quello di soddisfare al desiderio e talvolta alle necessità dei testatori di tutelare profondamente il secreto dei loro voleri. Eretto con pacata riflessione, espressione di ciò che veramente si vuole, rimane un fatto ristretto alla sola scienza dell'autore che sa pur anco di poterlo mutare senza correre i pericoli di preconcette e quasi autorizzate speranze, di seduzioni e di frodi. »

La questione, ciò posto, si riduce a vedere:

1) Quale sia la gravità dei danni e pericoli inerenti a questa specie di testamento, per indi, bilanciando, decidere se basti a compensarne il tanto decantato e fin qui discorso vantaggio.

2) Se ad ogni modo sia possibile di realizzare ugualmente questo vantaggio medesimo nelle altre forme ed in ispecie nel testamento pubblico.

1) *Pericoli dell' olografo* [2]) sono principalmente i seguenti: *a*) facilità di sottrazione alla morte del testatore, il ch' è bensì un reato, ma di natura tale da assicurare quasi sempre la impunità a chi lo compie — *b*) difficoltà di verificazione della scrittura, in caso di contestazione incombente all'erede scritto — *c*) facilità di costruire un falso olografo e per conseguenza difficoltà di scoprirne la falsità, vista l'incertezza della perizia calligrafica — *d*) il fatto che pella facilità di un falso olografo tutte le cautele prescritte pel testamento notarile (pubblico o segreto) o sono paralizzate o sono ridotte al minimo grado. Infatti un falso olografo posteriore, ben riuscito così da non potersene provare la falsità, e cre-

---

1) C. d'App. di Venezia, Sent. 11 Aprile 1876 (Temi Veneta I, pag. 145).

2) Trascrivo, riassumendo da Lissoni, Op. cit. pag. 210 e segg.

duto quindi vera manifestazione della volontà del defunto, distrugge qualunque testamento anteriore (olografo sincero o pubblico o segreto). — Contro così gravi pericoli non mancò chi suggerisse rimedi, ma rimedi tali che o denaturano in parte questa forma speciale di testamento (il deposito presso notaio e la verificazione della scrittura col di lui mezzo in vita del testatore) ovvero cozzano contro particolari divieti di legge come sarebbero le cautele da taluno proposte [1]) per salvare da un falso olografo un olografo sincero o un testamento notarile. — Aggiungasi che, pur volendo prescindere dagli anzidetti inconvenienti, e presupponendo quindi la verità e la non contestazione dell'olografo che venisse addotto, resterebbe sempre questa forma viziosa ed imperfetta nei pochi elementi che la compongono. È manifesta infatti la inconcludenza in essa della data, la quale è apposta senza che un qualunque elemento di prova esterna ne suffraghi l'esattezza, può ben essere una data avvertitamente o inavvertitamente erronea o falsa, e la legge mancare di opportuni mezzi con cui chiarirne l' inesattezza o la falsità. Tolto dunque l'obbligo del deposito dell'olografo presso un notaio od una Cancelleria, e dichiarato che l'olografo è l'atto, il quale conserva più gelosamente la volontà del testatore, come quello che si scrive nel mistero e nell' isolamento, la data di quell'atto non depositato nè registrato è una data presuntivamente fedele, ma in nessun modo provatamente fe-

---

1) Ecco p. es. ciò che propone il Carnevali-Ciceri nelle due monografie «Dei testamenti olografi e delle cautele per assicurare da un falso un vero olografo» e «Cautela salutare applicabile a qualunque atto di ultima volontà per salvarlo da un falso olografo»: Quanto all'olografo vero dal testatore fatto verificare e consegnato al notaio, ch'egli vi dichiari che qualunque altro olografo comparisse posteriore a quello e non avesse la condizione di essere da lui preventivamente verificato si abbia per falso. E quanto al testamento notarile che il testatore vi inserisca la clausola ch'egli intende di morire testato nelle forme pubbliche o segrete, sì da doversi avere per falso qualunque olografo comparisse dopo la sua morte. Cfr. Lissoni Op. cit. pagg. 216-223. Ma tuttociò non ripugna forse colla natura del testamento, atto essenzialmente revocabile? Le ragioni che hanno fatta abolire la clausola derogatoria dovrebbero indubbiamente valere eziandio per ritenersi al caso siccome non apposta una clausola di simil genere.

dele. » Così ottimamente il Sig. Avv. Scandiani osserva in una nota a Sentenza 8 Febbraio 1876 della Corte d'Appello di Venezia (Temi Veneta Anno I pag. 67), nota che si chiude disapprovando l'obbligatorietà della data, come formalità resa pericolosamente sostanziale nel testamento olografo. Ma, domando io, che diventa il testamento se la data non vi è obbligatoria? Come allora decidere nel caso di più testamenti, come sulla capacità del defunto nel momento in cui egli testava?

Concludendo, la gravità degli esposti riflessi è tale, che di fronte ai medesimi impallidisce quell'unico vantaggio che dalla secretezza dell'atto deriva, epperò io farei plauso a chi, risuscitando il disposto del Codice Albertino [1]), osasse proporne la proscrizione dal novero dei testamenti ordinarii, e consiglierei di relegarlo invece fra i privilegiati, al che gli darebbero diritto la povertà e semplicità delle sue forme, certo convenienti a circostanze eccezionali in cui per avventura può il disponente trovarsi.

2) Esaminiamo dopo ciò l'altra questione. Al segreto non provvede forse o non potrebbe provvedere il testamento notarile nella sua duplice forma? Egli è certo, e il nome stesso lo dimostra, che col testamento mistico il disponente riesce ad occultare il contenuto della sua volontà; chè se invece ricorre all'atto pubblico, lo farà circondandosi di testimonii di sua fiducia, sul cui silenzio poter contare, quanto poi al notaio gli sono all'uopo prescritte norme speciali. Troviamo infatti che la Legge 25 Luglio 1875 sul Notariato stabilisce, al capoverso dell'Art. 59, che il notaio « non può permettere l'ispezione nè la lettura, nè dar copia degli atti di ultima volontà o rilasciarne estratti o certificati durante la vita del testatore se non al testatore medesimo, od a persona munita di speciale mandato in forma autentica », mentre tale facoltà gli è invece liberamente concessa trattandosi di altri atti [2]). Tuttavia è innegabile che il pericolo di una divulgazione, almeno per opera dei testimonii, sussiste, e ciò anche se trattisi

---

1) Art. 797.

2) V. pure reg. 24 dec. 1875 pell'esecuz. L. Not. Art. 65 e C. P. C. Art. 913.

di testamento mistico, dove resterà se non altro sempre esposto alla pubblicità il fatto dell'avvenuta confezione del testamento, fatto che potrebbe interessare non divenisse palese. A togliere simile inconveniente il mezzo sarebbe stato, a mio credere, bell' e pronto, sol che si fosse riprodotto nel Codice il disposto dello Statuto Veneto 2 Dicembre 1474, che è del seguente tenore: « i testimoni sian per il nodaro per sacramento (iureiurando) astricti et obligati tegnir ogni cosa segreto, com' esso nodaro è obbligato ». Mi si dica pure retrogrado, ma io ho sempre creduto e mi ostino a credere all'efficacia del giuramento in genere come solenne richiamo (e questo sarebbe appunto il caso) di obblighi, cui altrimenti potrebbesi credere non grave cosa il venir meno, ragione per cui, sia detto per incidenza, contro l'opinione dei più fra i moderni non mi periterei a sostenerne l'opportunità anche nel campo della penale e della civil processura. Il giuramento, facendo del silenzio un obbligo imprescindibile pei testimonj, torrebbe pertanto al disponente ogni repugnanza pella forma di testamento in discorso.

Toccate così brevemente e in genere le forme ordinarie ammesse dal Codice, noto poi ch'è naturale, non fosse altro per questo, che sono infine destinate a rivestire un identico contenuto, che ci dovranno essere alcune solennità a tutte comuni. Tale infatti il requisito generico della scrittura, donde l'esclusione del nuncupativo, tali ancora la sottoscrizione del testatore e la data. Il testamento pubblico ha per di più di comune col mistico l'intervento del notaio e dei testimonj, per cui soggiacciono entrambi alla Legge sul Notariato, oltrechè alle norme del Codice, cosa che ha pel testamento pubblico particolare importanza, maggiori essendo riguardo ad esso nel Codice le lacune (es. il silenzio sulla data, formalità tuttavia indiscutibilmente essenziale), lacune che non si potrebbero appunto altrimenti riempiere se non col sussidio dell'anzidetta Legge. Il principio è di tutta evidenza e si può dire implicitamente contenuto nella stessa denominazione di testamento per *atto pubblico*: vedremo in seguito quale ne sia l'importanza nella questione dei requisiti da ritenersi necessarj in chi funge da testimonio.

Ed ora lasciando da parte alcune altre osservazioni, che pure per il loro carattere generale a tutte le forme testamentarie qui troverebbero opportuna sede, e ciò ad evitare ripetizioni inutili dacchè mi verrà fatto di trattarne più diffusamente in seguito, conchiudo la presente, già troppo lunga introduzione, rispondendo ad una domanda che parmi debba sorgere spontanea e immediata sul labbro di chiunque rivolge a cosifatta materia la propria attenzione, come cioè possa avvenire che le solennità testamentarie diano luogo in pratica a numerose controversie, mentre il decidere nei casi concreti sul loro adempimento o meno parrebbe, come dice il Romagnosi, affare piuttosto d'occhi che di raziocinio come quello che deve risultare dalla stessa lettura dell'atto. Mi gode l'animo di trovare la risposta nel Romagnosi stesso [1], certo che il quesito non potrebbe essere meglio risolto che ricorrendo a così autorevole fonte, se tuttavia mi verrà fatto di riassumere senza storpiature quanto con mirabile precisione egli espone in proposito. Delle accennate questioni altre risguardano la *condizione delle persone* necessarie alla celebrazione dell'atto, altre cadono sulla *espressione* dello scritto che deve far fede delle cose volute dalla legge. Queste ultime infine si riducono a questioni filologiche di *equipollenza*, ossia della intrinseca identità di significato delle frasi usate dal documento colle frasi usate dal legislatore. Ammessa la esecuzione delle formalità può nascere poi questione sul *modo* onde furono adempiute (p. es. sul posto di una menzione), dove trattasi, per così dire, di un'equipollenza non più verbale, ma totalmente legale e di diritto, in quanto si contende che l'adempimento delle formalità abbia lo stesso effetto nell'un modo o nell'altro (es. dovunque si trovi collocata la menzione). Alle quali categorie del Romagnosi di questioni 1) sulla capacità delle persone intervenienti all'atto, 2) sulla forma o modo delle menzioni, troverei da aggiungerne una terza comprendente le questioni che possono insorgere sulle sottoscrizioni e sulla data, formalità del cui adempimento sarebbe superflua la menzione, non richiesta infatti nè dal

---

[1] Op. cit.

Codice nè dalla Legge sul Notariato, e qui, massime riguardo la sottoscrizione, la controversia potrà cadere *a)* sull'autenticità *b)* sulla determinatezza ed intelligibilità *c)* sulla ubicazione.

Questo, per così esprimermi, il quadro generale, le cui singole parti avrò occasione di approfondire parlando del testamento pubblico, col quale in particolar modo si connettono e alla cui trattazione parmi omai conveniente di non frapporre ulteriore indugio.

DEL TESTAMENTO PUBBLICO

Sommario. Cenni storici sul testamento per atto pubblico. Partizione della materia.

Cenni storici. L'uso del testamento in Italia risale ai più remoti tempi, tantochè il Troplong [1]) lo dice fra noi indigeno, ma per ciò che concerne le forme non si può prendere le mosse che dal Diritto Romano. Subirono in esso fasi diverse, corrispondenti a diversi concetti dell' ufficio loro, per cui dall' antico punto di vista politico e religioso si venne mano mano e attraverso lo stadio simbolico ad un sistema in gran parte corrispondente al senso civile moderno [2]). Il carattere pubblico riscontrasi più che mai pronunciato nell' antico *testamentum calatis comitiis,* ma tuttavia può dirsi non venuto meno nella successiva forma *per æs et libram,* in cui anzi il primo rimase simboleggiato. È noto poi come per l'opera sempre benefica del Pretore sorgesse una forma più semplice, e come finalmente, pella fusione di questa colla civile siasi introdotto nell' epoca imperiale, contrapposto al mistico il testamento nuncupativo, così detto «a nuncupando heredem», perchè appunto il principio caratteristico, fondamentale di esso consisteva nella orale dichiarazione di ultima volontà alla presenza di sette testimonj. Ed in ciò sta altresì il solo motivo, per cui è da esso che si fa derivare il moderno testamento per atto

---

1) Troplong. Delle donazioni e dei testamenti. Introduzione.

2) Cfr. Pescatore. Delle disp. test. per relationem (Giorn. delle Leggi IV, pag. 9 e seg.), che ne fa appunto tre periodi.

pubblico, il quale del resto se ne differenzia in altri punti pure sostanziali, e precisamente 1) pella necessità della scrittura, quale condizione di essenza, mentre nel nuncupativo romano essa figurava come elemento puramente accidentale, al quale cioè era facoltativo ricorrere «probationis causa» o meno, tanto che gli errori della scrittura poteano correggersi coi deposti dei testimonj [1]) 2) pella necessità dell'intervento del notaio in ogni atto simile, e non già nel solo testamento del cieco com'era in Roma [2]). A cotal ricezione del testamento alla presenza di testimonj furono dai Pontefici nel Medio-Evo destinati i parrochi, disposizione imitata da varj Statuti colla sostituzione al parroco del notaio, com'era in Venezia [3]). In varie parti della Francia poi troviamo che dal droit coutumier erano ammessi ugualmente a tale ufficio e gli uni e gli altri, mentre ai soli notaj fu ristretta invece simile facoltà dal Codice Napoleonico, e l'identica disposizione è nel nostro. Quanto al Codice Austriaco, esso riconosceva due forme di dichiarazione d'ultima volontà, cioè la stragiudiziale scritta o nuncupativa, e la giudiziale, ma non riconosceva espressamente le disposizioni di ultima volontà assunte col ministero dei notaj. Ed allora che 9 anni dall'attivazione di quel Codice fu pubblicato nel Regno Lombardo-Veneto l'Aulico Decreto del 23 Dicembre 1825, il quale dichiarò in termini che esprimono tolleranza, «non essere vietato ai notaj» di ricevere le dichiarazioni di ultima volontà, il senso di quella declaratoria

---

1) Fu primieramente in Francia che per l'Ordinanza del 1735 si richiese la scrittura autentica come unico modo di constatare la volontà del testatore nel testamento nuncupativo, e come solennità essenziale di esso Cfr. Grenier Op. cit. Discours historique des testaments Sect. 2. § 1.

2) l. 8. Cod. qui testam. fac. possunt 6, 22. Aggiungasi che, mentre presso di noi il notaio ha veste di pubblico ufficiale, invece il *tabellio testamentarius* che interveniva nel testamento del cieco era una persona privata, cioè non investita dalla legge di speciale giurisdizione, ignoto essendo presso i Romani l'ufficio del Notaio nel senso moderno. Ciò è tanto vero che, come si rileva dal qui sopra accennato passo del Codice, in luogo del tabellione era affatto indifferente l'assumere nel testamento nuncupativo del cieco un testimonio di più dell'ordinario numero, che vedemmo essere di sette.

3) Pertile. Op. cit. IV. pag. 28.

fu chiarito e limitato colla soggiunta condizione che li notai dovessero osservare le formalità prescritte dal Codice civile austriaco [1]).

Partizione della materia. Al testamento per atto pubblico si riferiscono gli Art. 776, 777, 778, 779, 780, 781, 787, 788 del Codice (Libro III, Tit. 2, Sez. III, § 1) e le disposizioni della Legge sul Notariato ad esso applicabili sono contenute nel Tit. III Capo I della Legge stessa.

Per dare alla materia un ordine il più possibile sistematico, credo bene di distribuirla in tre Capitoli, di cui il primo verserà sulle persone che intervengono all'atto, il secondo sulle solennità estrinseche, quali sono richieste dal Codice e dalla Legge notarile, il terzo sull'esecuzione dell'atto e conseguentemente sui principii che valgono in caso di nullità, cioè di impossibilitata esecuzione per vizio nelle forme.

CAPITOLO I.

Delle persone concorrenti alla celebrazione del testamento per atto pubblico.

Le persone che intervengono *necessariamente* alla celebrazione del testamento per atto pubblico sono: 1) il testatore — 2) uno o due notai — 3) quattro testimoni se l'atto è ricevuto da un notaio, due se due siano pure i notai. Nell'un caso e nell'altro si aumenta di un testimonio il numero se il testatore è sordo e non sa leggere (Art. 777, 787). Esaminiamone distintamente i requisiti e la rispettiva funzione, premesso che quanto ai requisiti in genere è d'uopo distinguere quelli necessarj in chi voglia intervenire sotto l'una o l'altra delle ora enunciate vesti a *qualsiasi* testamento pubblico da quelli necessarj inoltre per poter validamente entrare nella confezione di quel *determinato* testamento pubblico di cui nel caso concreto si tratti. Condizioni le prime inerenti alla persona in sè e per sè considerata e quindi per la maggior parte

---

1) V. Sent. 30 Dic. 1878 Cassaz. di Firenze (Temi Veneta, Anno IV, pag. 93).

positive, negative invece tutte le altre perchè si attengono all'individuo stesso, non più isolatamente preso, ma in relazione agli altri che con ufficio uguale o diverso dal suo concorrono all'atto. Donde un doppio ordine di incapacità, cioè incapacità assolute e incapacità relative.

§ 1.

Del testatore.

Sommario. Requisiti generali. — Incapacità del muto e sordo-muto, e sue cause. Se e come vi si potrebbe rimediare. — Questione sul sordo-muto che giunga a far uso della lingua articolata. — Ciechi. — Sordi, e critica del sistema adottato dal Codice pel testamento dei sordi incapaci di leggere.

Il testatore è naturalmente la principale persona, come quello la cui dichiarazione orale infonde il primo spirito di vita all'atto, e la cui approvazione, nei modi legali apposta, vi imprime la definitiva sanzione. — Una sola condizione speciale richiedesi nel disponente in aggiunta a quelle generali (Sezione I, Capo II, Tit. 2, Libro III del Codice) necessarie, qualunque sia la forma, ed è precisamente il naturale uso della favella, sicchè da questa specie di testamento rimangono esclusi i muti e a più forte ragione i sordo-muti (Art. 786). — È questa una eccezione al disposto dell'Art. 48 della Legge sul Notariato, il quale infatti ammette anche questi infelici all'uso di atti pubblici nei loro negozii, naturalmente però sotto certe cautele. — Cosiffatta eccezione, donde ai muti e ai sordo-muti, se analfabeti, deriva l'assoluta incapacità di testare, fu biasimata da qualche scrittore e specialmente da Troplong [1]), che accusa di incoerenza la legge dal momento che permette loro di far donazioni, pelle quali è noto richiedersi atto notarile, e al tempo stesso li esclude dal testamento pubblico. L'incoerenza infatti è manifesta; senonchè in questo caso parmi più accorta la legge quando vieta che non quando permette, epperò, contrariamente al Troplong, io ne trarrei argomento per chiedere si

---

1) Troplong. — Op. cit. n. 1449.

estendesse il rigore agli altri atti, anzichè al testamento pubblico la pericolosa concessione. — Ciò almeno fintantochè si trovasse un sistema migliore, più sicuro di quello indicato al citato articolo della nostra Legge, nel quale fossero veramente solennità al tutto equipollenti alla dichiarazione orale ed alla percetta lettura dell'atto, cosa del resto che temo di assai difficile attuazione.

Meritano ad ogni modo lodi sincere quelli che si affaticarono dietro simili ricerche, escogitando all'uopo sistemi diversi, fra i quali ingegnosissimo e il più vicino ad accertare la volontà del sordo-muto parmi quello proposto dal Sala, [1]). È prezzo dell'opera il riassumere questo progetto. Il testatore dovrebbe alla presenza del notaio e dei testimonii fare a cenni la sua disposizione, e due interpreti, pure sordo-muti, ma non illetterati, collocati in posto distinto l'uno dall'altro, scriverla parola per parola, presentando poi le rispettive loro scritture da essi firmate al notaio; questi le legge ed esamina e le fa pure esaminare e leggere ai quattro testimonii. Con ciò la scrittura dell'uno servirebbe di controllo alla scrittura dell'altro; se concordano, il notaio passa a tradurre la disposizione letta nel testamento; caso contrario, se ne rendono avvertiti i due interpreti e si rinnova l'esperimento, finchè le due scritture loro riescano identiche: dovrebbe poi il notaio per maggior garanzia conservare le scritture degli interpreti, da essi volta per volta firmate, come parte integrante del testamento. Redatto così il testamento, il notaio lo leggerebbe ad alta voce ai testimonii, e l'uno o l'altro degli interpreti dovrebbe riprodurre con gesti una per una le parole del testatore, il quale disposizione per disposizione darà cenno di aver inteso, di approvare o disapprovare, aggiungere, risecare, modificare come crederà del caso; finita la lettura, avuto dal testatore l'ultimo cenno di approvazione, il testamento sarà chiuso colle consuete modalità. — Questa seconda parte, che concerne la lettura dell'atto, persuade, a parer mio, molto meno

[1]) E. Sala. — Sulla possibilità per parte del sordo-muto di fare testamento pubblico a cenni. (Monit. dei Trib. Anno 1875, p. 933 e segg.).

della prima, perchè più incerta. Tuttavia, se non fosse che questo, il sistema non avrebbe motivi per essere escluso, finchè si ammette, con quanta ragione dirò più sotto, che il sordo incapace di leggere possa testare per atto pubblico (Art. 787). Infatti qualora si ravvisasse nella prima parte di quel progetto un vero equipollente della dichiarazione orale, dovremmo calcolare di trovarci pel resto non più dinanzi a un sordo-muto, ma semplicemente dinanzi a un sordo analfabeta, e sarebbero applicabili al caso le norme, che riguardo a quest'ultimo credette la legge a supplire la lettura bastanti.

Fin qui, per così dire, *de lege ferenda*. Venendo ora al positivo divieto, sorge la domanda se esso debba scomparire quando trattisi di un sordo-muto, che, pei mirabili odierni progressi, sia giunto a far uso della lingua articolata. Affermativa è la risposta che dà Pacifici Mazzoni [1]), avuto riguardo allo spirito della legge. Al contrario il Sala esprime anzitutto [2]) il dubbio che l'uso della lingua articolata per parte del sordo-muto non sia che una facoltà puramente meccanica e quindi insufficiente, e prosegue dichiarando che, quando pure contrariamente al suo presupposto, esso riuscisse così perfetto che il sordo-muto se ne potesse valere per esprimere le sue idee non altrimenti da quello che facciano gli altri uomini, gli resterebbe tuttavia interdetto il testamento pubblico giusta gli Art. 786, 787, perchè si potrà ben dire che tali Articoli furono elaborati nel supposto ch'egli non potesse acquistare l'uso della parola articolata, e che perciò secondo il loro spirito non si possono opporre al sordo-muto, che per miracolo dell'arte è nelle condizioni degli altri cittadini, ma, sono sue parole, il divieto è chiaro ed esplicito, non ammette distinzione nè per il presente nè per l'avvenire, e perciò, anche ottenuto tale perfezionamento, egli non potrebbe veder tolto il divieto che alla mercè di una tassativa disposizione che riformasse gli Articoli in discorso.

Dal canto mio ritengo che sia necessario distinguere.

---

[1]) Pacifici Mazzoni Comm. Succ. III. 28.

[2]) Sala. loc. cit. pag. 932, nota 2.

Aderisco al Sala se ed in quanto l'uso della lingua articolata per parte del sordo-muto non sia, com' egli dice, che una facoltà puramente meccanica. Allora infatti il sordomutismo non scompare, e con esso rimarrà fermo il divieto della legge. Ma dall' opinione di lui dissento invece quando insiste nel divieto istesso anche «se l'uso della lingua articolata riuscisse così perfetto che se ne potesse l'individuo valere per esprimere le sue idee non altrimenti che gli altri uomini». In questo caso cioè ritengo che potrebbe testare per atto pubblico, e ciò, badisi bene, non già in riguardo allo spirito e contrariamente alla lettera, ma conforme alla lettera stessa della legge. E invero un simile perfezionamento, qualora possibile, non si riduce forse in fatto alla guarigione del mutismo? Scomparendo il vizio, non dovrà venir meno eziandio l'incapacità che vi era inerente? Trattasi non più di un sordo-muto, ma di un sordo soltanto, e il suo testamento andrà regolato dall' Art. 787. Sarebbe il caso stesso di chi, nato o divenuto sordo, venisse poi a guarire di tale infermità, che allora non più alle norme speciali dell' Art. 787, ma alle regole comuni andrebbe naturalmente sottoposto.

Il solo difetto di loquela impedisce, come accennai, l'uso del testamento pubblico, non così invece le altre imperfezioni fisiche, da cui per avventura si trovasse affetto il testatore. Quanto al testamento del cieco la Commissione Senatoria proponeva [1]) l'aggiunta di un testimonio al numero ordinario dalla legge prescritto, disposizione che venia tratta dal Diritto Romano [2]), allo scopo, dicevasi, di premunire il testatore dalle facili insidie cui lo esporrebbe di leggieri il suo stato. Ma [3]) fu deliberata e con buon senno la soppressione di così fatto Articolo, considerato questo come un rimedio *vano ed inefficace ad evitare le possibili sorprese.* E contuttociò il rimedio stesso veniva adottato nel caso assai più grave del sordo che non sa leggere, caso, dico, assai

---

1) Prog. Sen. Art. 745.

2) l. 8. Cod. qui test. fac. poss. 6. 22.

3) Relaz. del Ministro Vacca a S. M.

più grave, perchè mentre nel testamento del cieco il quinto o terzo testimonio sarebbe stato chiamato per eccesso di cautela, tutte le solennità avendovi del resto il loro corso, qui invece si vuole per di più che la sua presenza basti a surrogare addirittura una formalità, resa pelle circostanze speciali del testatore impossibile, cioè la lettura da lui o a lui fatta delle sue disposizioni. Si potrà forse ragionevolmente asserire che il testimonio aggiunto tenga le veci del testatore nell'ascoltare la lettura del notaio? Mai no, ed ecco quindi una delle formalità le più sostanziali riguardo al testatore rimanere inadempiuta, o, ciò ch'è lo stesso, imperfettamente sostituita. Ma fa d'uopo riflettere, scrive in difesa della disposizione il Mazzoni [1]), che altrimenti dovrebbe dichiararsi incapace di testare chi non ha udito e non sa leggere o nulla affatto sostituire alla mancanza della lettura. Alla buon'ora dunque, confessate voi stessi che il surrogato rimedio è là in mancanza di meglio e tanto perchè non sia al sordo analfabeta tolto il beneficio della testamentifazione, ma davvero che, se non c'è altra ragione che questa, dovrà parer preferibile il divieto ad un sistema così incerto, e contrario a quella e per gli individui e per la società necessaria sicurezza del diritto, nella quale è riposto lo scopo precipuo delle estrinseche forme.

D'*incapacità relative* per ciò che concerne la forma, sarebbe veramente improprio il discorrere in relazione al disponente; potrà bensì servire egli, autore dell'atto, quale termine di confronto per le altre persone che vi intervengono, onde stabilire se quelle possano assumere la veste di notaio o testimonio nel *suo* testamento, ma non si dirà mai ch'egli possa o non possa assumere quella di testatore nel testamento, ove altri funge da notaio o da testimonio. Il vedere poi quali legami col testatore all'esercizio di queste due funzioni in suo confronto inabilitino, formerà in parte oggetto dei successivi paragrafi.

---

[1]) Comm. Succ. III, 31.

§ 2.

Del notaio o notai roganti.

Sommario. Ufficio del notaio rogante. Suoi requisiti. In particolare della indicazione nell'atto della assuntavi qualità del notaio e degli effetti della ommissione di essa. Incapacità relative.

Ufficio: L'importanza che ha in genere il notaio negli atti che si compiono mediante il suo ministero risulta dall'Art. 1 della Legge sul Notariato e dall'Art. 1315 del Codice civile, che ne determinano l'ufficio, consistente sovrattutto nello imprimervi il suggello della pubblica fede. — Venendo particolarmente al testamento pubblico, se il disponente ne è l'autore quanto alla forma intrinseca e al contenuto, sicchè a lui solo andranno imputate di regola le nullità derivanti per questa parte da inosservate disposizioni di legge, il notaio lo è invece per ciò che risguarda la forma esteriore, funzione pertanto delicata e di molto rilievo, di cui starà generalmente a suo carico la responsabilità tutta intera, regolata bensì da alcuni principii di ragione, che avrò campo di svolgere altrove. Il notaio, scrive il Forti [1], ha veste di testimone ineccezionabile e di esecutore. Come testimone deve essere presente a tutto quello che asserisce essersi detto e fatto alla sua presenza, come esecutore ha obbligo di ridurre in valida ed efficace forma le disposizioni di cui si roga. Che se due siano i notai, l'ufficio deve considerarsi tuttavia uguale ed uguale in conseguenza la responsabilità per entrambi.

Requisiti: Per questa parte è mestieri rimettersi interamente a ciò ch'è stabilito nella Legge sul Notariato, dalla quale rileveremo, per esempio, non poter prestare il notaio il suo ministero fuori del distretto del collegio notarile cui è ascritto (Art. 26), nè ricevere l'atto se cessò dall'esercizio per qualunque delle cause espresse dalla legge e dopo-

---

1) Forti. — *Trattati inediti di Giurisprudenza.* — Firenze 1864, nn. 141 - 146 pag. 19.

chè la cessazione è stata pubblicata, pena nullità (Art. 49 n. 2 e n. 4), e simili.

Nè basta che il notaio sia competente; esso deve figurare nell'atto come ufficiale pubblico, cioè prendervi la qualità di notaio, che sola gli attribuisce il diritto di ricevere il testamento [1]. Se poi l'ommissione di tale indicazione annulli l'atto, è questione massime fra gli scrittori francesi controversa. Tutti convengono, dice Duranton [2], che la mancanza della enunciazione della qualità di notaio senza alcuna indicazione atta a sostituirla produrrebbe la nullità del testamento, benchè l'atto fosse sottoscritto dal notaio (il che convien supporre perchè possa anche esservi luogo alla questione); ma le opinioni sono discordi intorno al caso in cui il notaio che ommise di enunciare la sua qualità abbia pur nondimeno indicato con le espressioni adoperate nel preliminare dell'atto, ch'egli riceveva quest'atto come pubblico uffiziale, dicendo, a cagion d'esempio, «innanzi a me....... residente in........ o di residenza in.......» E il dubbio provenne dal silenzio della Legge di Ventoso e del Codice Napoleone intorno all'enunciazione della qualità del notaio; ora la questione regge anche da noi, perchè anche la nostra Legge ed il nostro Codice tacciono in argomento. Sta per la nullità il Merlin [3], perchè, egli dice, «in tutti gli atti possibili abbisogna che si assuma la qualità colla quale si ha diritto di farli, e se a tale qualità se ne sostituisce un'altra, tuttociò che si fa è nullo». Egli adduce in conferma varie decisioni, anteriori veramente al Codice Napoleonico, le quali pronunciarono la nullità di testamenti ove era intervenuto il vicario, ma non nella espressa e dichiarata qualità di ricevitore del testamento. Per converso Duranton [4] crede che il testamento non possa dirsi nullo sol perchè il notaio non abbia formalmente espresso la sua qualità, purchè però vi siano altre parole equipollenti. «Non avendo la legge prescritte

---

1) Toullier VI. n. 386, pag. 108.

2) Duranton. t. 9. n. 60.

3) Merlin. — Répertoire. v. testament Sez. II., § 2, Art. 3.

4) loc. cit.

indicazioni sotto pena di nullità — non havvi luogo a pronunziarla quando altronde non cada dubbio di essersi rogato il testamento da un *tale*, notaio nel tale domicilio». Questa opinione è accolta anche da Toullier [1]) e parmi invero preferibile, osservando per di più in suo appoggio che la qualità di notaio, o più esattamente il fatto di avere in tale qualità ricevuto il testamento, si evince ad ogni modo dalle menzioni colle quali, sotto pena di nullità, deve chiudersi l'atto, ed anzi con tale evidenza, da potersi avere il fatto stesso come in esse ripetutamente enunciato.

Incapacità relative: 1) Non può il notaio ricevere il testamento della propria moglie o di un suo parente od affine in linea retta in qualunque grado ed in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente, pena nullità. Ciò pel combinato disposto degli Art. 24, n. 2 e 49 n. 3 della Legge notarile. Taccio i motivi per cui credo applicabili al caso i detti Articoli, intendendo di dare a simile materia ampio sviluppo nel parlare delle incapacità relative dei testimonii. 2) È vietato a due notai parenti od affini fra loro nei gradi ora esposti di ricevere uno stesso testamento pubblico (L. Not. Art. 25). La Legge non dice però che l'infrazione del divieto importi la nullità dell'atto, e quindi lo si dovrà ad onta di essa ritenere valido. 3) Non può il notaio, pena nullità, ricevere un testamento, ove figurino come testimonii persone a lui legate da certi vincoli di parentela, affinità o dipendenza, di cui nel successivo paragrafo.

Chiudo osservando che l'essere beneficato nel testamento non costituisce pel notaio causa di incapacità a riceverlo; infatti in simil caso non andrebbe già annullato il testamento tutto intiero, ma soltanto le istituzioni e i legati a favore di esso notaio rogante (C. C. Art. 771).

---

[1]) Toullier, loc. cit.

§ 3.

Dei testimoni istrumentarii.

Sommario. Come importi determinare l'ufficio dei testimoni istrumentarii: opinione che adotto in proposito. — Requisiti assoluti: se pei cittadini sia richiesta la residenza nel Regno. — Incapacità relative. Se ed entro quali limiti applicabili quelle indicate dalla Legge sul Notariato. — Questione cui può dar luogo la Legge 9 Dicembre 1877 accordante la facoltà di testimoniare alle donne. — Che debba intendersi per amanuense, praticante e domestico del notaio. — Della capacità putativa.

Ufficio dei testimonii: Interessa di molto il precisare quale sia la funzione dei testimonii istrumentali, e in che senso quindi debba intendersi la richiesta loro presenza all'atto, perchè da ciò dipende la soluzione di importanti quesiti che ci si presenteranno trattando in particolare delle formalità del testamento pubblico. Che l'intervento loro non debba ridursi alla semplice materiale presenza nel luogo ove si celebra l'atto, è cosa ovvia e indiscussa, e ce lo dicono d'altra parte le fonti colle parole: « Coram Titio aliquid facere iussus non videtur praesente eo fecisse nisi *intelligat.* Itaque si furiosus, aut infans sit, aut dormiat, non videtur coram eo fecisse » [1]). Ma la discrepanza fra gli scrittori sorge allorquando trattasi di determinare entro quai limiti debba ritenersi necessaria e sufficiente questa *intelligente* partecipazione dei testimonii all'atto, perchè appunto possa dirsi non materiale soltanto la loro assistenza. C'è chi ritiene non ad altro i testimonii chiamati che ad attestare la osservanza delle estrinseche forme, senza che debbano di necessità conoscere la sostanza dell'atto [2]). Altri invece li risguarda come « cooperatori e sorvegliatori del notaio » [3]) e richiede quindi che debbano eziandio conoscere ed apprezzare il contenuto delle disposizioni. — Non esito un solo istante a pronunciarmi in favore della seconda opinione. Venuto meno coll'abolizione

---

1) l. 209 Florent. D. de verb. signif. 50. 16.

2) Così p. es. il Daniels. Cfr. Merlin Rép. v. test. § 2 n. 4.

3) Marcadé. Explication théorique et pratique du Code Civil tom. III n. 23. Così pure Merlin Rép. v. test. § 17, art. 3 nota, Toullier III, pag. 111 nota, Grenier II, n. 255, Troplong nn. 1526, 1527, ecc.

del testamento nuncupativo e mercè la conseguentemente richiesta scrittura notarile l'antico ufficio dei testimonii di *ricevere* essi il testamento, non è a credersi però scomparsa ogni loro ingerenza quanto all' intrinseco dell'atto. Noto anzi che in questo argomento la forma e il contenuto si presentano come due parti assolutamente inscindibili, tanto che anche i seguaci della prima opinione, se pure nel cerzioramento del contenuto non vogliono vedere uno dei fini della presenza dei testimonii, dovrebbero tuttavia riconoscerlo necessario quale *mezzo* almeno a raggiungere ciò che per essi è il *fine* unico, vale a dire il cerzioramento dell'osservanza delle formalità di legge. Come altrimenti, a cagion d'esempio, attestare con coscienza che *del testamento* fu data *lettura?* Presenti per legge all'adempimento di questa formalità così essenziale, essi devono naturalmente conoscere ciò che ha formato prima oggetto della dichiarazione, perchè solo allora, mercè il confronto, potranno acquistare certezza che *di quel* testamento fu data lettura secondo esige la legge.

Requisiti: Tutti possono essere testimonii tranne quelli dichiarati incapaci dalla legge. Anche qui abbiamo incapacità assolute e relative.

I testimonii nei testamenti devono essere maggiori di anni ventuno, cittadini del Regno, o stranieri in esso residenti e non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili. (Art. 788 C. C.). Inoltre devono non essere ciechi, nè sordi, nè muti (art. 42 L. Not.). Questi i requisiti, espressamente indicati dalla legge, al cui difetto corrispondono altrettante incapacità *assolute:* implicitamente dichiarati incapaci sono pure gli analfabeti, dal momento che tutti i testimonii devono sottoscrivere il testamento, e finalmente di incapacità assoluta consiglia la ragione doversi ritenere affetti gli interdetti per imbecillità, i pazzi, gli ubriachi, in una parola tutti quelli cui l'anormale stato delle intellettuali facoltà recava impedimento a compiere debitamente l'ufficio di testimonio nel momento della confezione dell'atto, che è quello cui si deve sempre avere riguardo nel giudicare della capacità delle persone intervenute. Fu tolto il requisito della mascolinità colla Legge 9 Dicembre 1877.

Prima di passare alle incapacità relative, mi corre obbligo di accennare una questione sorta a proposito di uno degli anzidetti requisiti in causa delle espressioni piuttosto ambigue della legge. Dice l'art. 788 del Codice che i testimonii devono, fra le altre, essere « *cittadini del Regno, o stranieri in esso residenti.* » Si dovranno intendere le parole « *in esso residenti* » riferibili ai soli stranieri od anche ai cittadini, sicchè un italiano residente all'estero non possa, trovandosi p. es. di passaggio fra noi, fungere da testimonio all'atto? Il Pacifici-Mazzoni adotta giustamente la prima interpretazione, osservando che la virgola interposta fra « *o cittadini del Regno* » e « *o stranieri in esso residenti* » dà a questa seconda frase un corpo a sè e la divide dalla precedente [1]). Osserverei in aggiunta che, qualora la legge avesse voluto il requisito della residenza anche pei regnicoli, cessava ogni ragione di nominarli nell'articolo a parte dagli stranieri; avrebbe bastato cioè il dire: « I testimonii devono essere..... residenti nel Regno. » Se dunque si fa al contrario menzione e di cittadini e di stranieri, segno è che non andranno alla medesima stregua, e la diversità sta appunto in quella residenza nel Regno, che richiesta pegli uni non la è invece pegli altri. Nel che mi conferma inoltre, con argomento per analogia, l'art. 594 del Codice di procedura civile, dove si richiede che l'usciere debba, sotto pena di nullità, essere assistito nel fare il pignoramento da due testimonii che siano « *cittadini* o *residenti nel Regno.* » Il Codice Albertino, con provvido consiglio secondo alcuni, a parer mio invece con ingiustificata esigenza, non ammetteva come testimonii nel testamento pubblico gli stranieri se non dopo tre anni di residenza nel Regno [2]).

Incapacità relative: Non sono testimoni idonei: 1) i praticanti — 2) gli amanuensi del notaio che ha ricevuto il testamento [3]) — 3) le persone addette al suo servizio — 4) i

---

[1]) Pacifici-Mazzoni. Comm. Succ. III, n. 70.

[2]) Art. 754.

[3]) Il Codice Francese (art. 975) esclude solo gli amanuensi: invece il C. Albertino (art. 754 cap.) i soli praticanti.

parenti e gli affini del notaio in linea retta in qualunque grado inclusivamente. Stupirà al certo questa così lunga filza d'incapacità a chi tenga sott'occhio puramente l'art. 788 del Codice, il cui capoverso infatti non esclude che i praticanti e gli amanuensi del notaio. Naturalmente però non a capriccio, ma in base ad espressa disposizione di legge ho creduto di dovervi aggiungere le susseguenti due classi di persone incapaci, e la disposizione cui accenno è all'art. 42, 2.° al. della Legge sul Notariato, che sostengo applicabile al caso. — So bene che molti, pure autorevoli, pensano il contrario: senonchè ammettono le sole incapacità indicate dal Codice senza spiegare i motivi della inapplicabilità assoluta, secondo loro, della Legge, e la questione quindi non ebbe, ch'io sappia, fra noi certo sviluppo, mentre in Francia, con una legislazione analoga alla nostra, riuscì invece agitatissima. Vediamo ciò che ne scrissero appunto alcuni fra i più importanti commentatori di quel Codice. — Marcadé [1]) dichiara che l'art. 975 combinato cogli art. 971 e 974 di esso Codice [2]) forma un sistema compiuto su quanto concerne i testimonii del testamento pubblico e che quindi non vi è luogo da andar ad invocare su questo punto le regole differenti dalla Legge sul Notariato (L. di ventoso anno XI), inquantochè « specialia generalibus derogant. » Quando, per esempio, si domanda, egli conclude, quali persone sono incapaci di testimoniare in un atto in causa della loro relazione col notaio, la legge fa queste due risposte: pei diversi atti notarili lo sono i parenti,

---

1) Marcadé Op. cit. III nn. 36, 37, 38.

2) Ecco il tenore di questi articoli:

Art. 971. « Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins. »

Art. 974. « Le testament devra être signé par les témoins, et néanmoins dans les campagnes il suffira qu' un des deux témoins signent, s' il est reçu par deux notaires; et que deux des quatre témoins signent, s' il est reçu par un notaire. »

Art. 975. « Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les legataires, à quelque titre qu' ils soient, ni leur parents ou alliés jusqu' au quatrième dégré inclusivement, ni les clercs des notaires, par les quels les actes seront reçus. »

gli affini, i commessi e i domestici di lui (L. ventoso anno XI art. 10, 2.°) — pei testamenti lo sono i di lui commessi. Chè infatti se il legislatore non avesse inteso derogare alla Legge di ventoso, non sarebbe venuto a parlare nel Codice dei commessi e dei commessi soltanto. — Passando a consultare il Troplong, che pure è una delle principali colonne della dottrina francese, parmi ch'egli si meriti in proposito la taccia d' inconseguenza. Infatti mentre dichiara anch'egli [1]) che il Codice Napoleone è la legge unica e compiuta che regge la forma dei testamenti, ch'esso definisce nei suoi diversi articoli la capacità speciale dei testimonii, sicchè non bisogna andar a cercare nella Legge di ventoso delle disposizioni che il Codice non ha punto voluto appropriarsi; avere il legislatore sì bene riconosciuto che introduceva nel Codice un diritto speciale all' infuori della Legge di ventoso, che ha creduto di dover escludere nominalmente gli amanuensi dei notai già espressamente esclusi dalla Legge di ventoso; dopo avere, dico, ripetutamente insistito non potersi ammettere altre incapacità fuori di quelle del Codice, si contraddice poi asserendo in altro luogo [2]) che, per un argomento a fortiori, se il Codice Napoleone escluse gli amanuensi del notaio vuolsi indurre ne abbia escluso anche i domestici, i quali stanno viemaggiormente sotto l'autorità e la dipendenza di esso. — Inoltre dove tratta l'analoga questione se siano applicabili nel testamento pubblico ad onta del silenzio del Codice quelle incapacità relative rispetto al notaio stabilite dalla Legge di ventoso, si dichiara invece per l'affermativa, perchè, egli dice, « il notaio rimane sotto l'impero della legge costitutiva della sua professione, legge che lo segue e lo governa allorchè riceve un testamento » [3]). Ora non è questo forse un argomento che può contro il Troplong stesso ritorcersi nella questione che stiamo trattando, in quanto concerne le relazioni dei testimonii col notaio? « Il notaio rimane sotto l'impero della legge costitutiva della sua professione »: ottimamente, ma

---

[1]) Troplong, n. 1603.
[2]) » n. 1606.
[3]) » n. 1610.

questa legge non si limita a dirgli ch'egli non debba essere parente di alcuna delle persone gratificate nel testamento fino al grado di zio e di nipote inclusivo, ma vuole altresì ch'egli non sia parente o affine o padrone dei testimonii, benchè lo dica sotto l'altra forma, che i testimonii cioè non abbiano ad essere parenti, affini o domestici di lui. — Apertamente invece si dichiarano per l'applicazione della Legge di ventoso, a tacer d'altri, Dalloz [1]), Duranton [2]) Toullier [3]) e Grenier [4]). — Le disposizioni del Codice, scrive bene Duranton, sono, bisogna dirlo, incompiute, ma nulla induce a credere che siano però concepite in significato restrittivo. Il semplice buon senso insegna al contrario che il figlio del notaio, per esempio, non può far testimonianza della sincerità colla quale suo padre esercitò il proprio ministero nel compilare il testamento, ovvero il legislatore sarebbe inconseguente per avere escluso l'aiutante di questo medesimo notaio. — Basta questo solo esempio per dimostrare che l'argomento desunto dal silenzio del Codice sopra siffatti punti è poco concludente.

Che se ora torniamo a casa nostra, troveremo che queste assennate osservazioni hanno per di più appoggio fra noi nell'espresso disposto della Legge notarile, la quale all'Art. 51 stabilisce: « Le disposizioni di questo Capo (ed è quello appunto dove si tratta fra le altre delle incapacità di testimoniare) si applicano anco ai testamenti ed agli altri atti, in quanto non sia diversamente disposto dal Codice civile, dal Codice di procedura civile e dalle altre Leggi del Regno ». E a togliere definitivamente ogni ombra di dubbio mi sembra opportuno riferire le discussioni avvenute fra il ministro guardasigilli e il relatore Poggi intorno alla compilazione dell' ora enunciato Articolo. Il Ministro voleva che l'Articolo si approvasse, ma sotto la forma seguente: « Le disposizioni di questo Capo *non* si applicano ai testamenti ed agli altri atti in quanto sia disposto diversamente dal Cod. Civ. ecc. »

---

1) Dalloz. Rép. v. témoins. Cap. 6. Sez. 4.

2) Duranton. IX, 15.

3) Toullier III, n. 402.

4) Grenier I, n. 253.

poichè, egli diceva, « è indubitato che le disposizioni precedenti debbano applicarsi a tutti gli atti e quindi anche ai testamenti ..... Perciò credo che sarebbe più esatta e vestirebbe più nettamente, senza equivoci, la forma di eccezione agli Articoli quella redazione che ho avuto l'onore di proporre ». Replicando il Poggi osservava che « secondo la redazione di quell'Articolo ministeriale la legge notarile *non* si applicava ai testamenti ed agli altri atti, quando vi erano casi nei quali il Cod. Civ. o il Cod. proc. Civ. od altre leggi disponessero diversamente. Ma quando vi fosse una *incompleta* disposizione nel Cod. Civ., quando sopra certe forme e *certi divieti* il Cod. Civ. tacesse, poteva rimanere dubbio se si dovesse ricorrere alla legge notarile. *Imperocchè le disposizioni intorno alle forme dei testamenti vi sono nel Codice, ma provvedono esse a tutto? Se il notaio, per esempio, debba conoscere il testatore non è detto nulla. Quanto ai testimonj non dice il Codice se i congiunti dell'erede possano figurare nei testamenti, non parla degli inabilitati, non rammenta fra gli esclusi le persone di servizio del notaio.* Se noi lasciassimo la formula dell'Art. ministeriale, non sapremmo quando applicare la Legge notarile ai testamenti ed agli altri atti, e l'importante è che questa disposizione sia concepita in forma positiva, che si dica cioè che la Legge è per regola applicabile meno i casi di diversa disposizione: così le ambiguità sono tolte..... ». E il Ministro controreplicava, conchiudendo però « Ove il Senato volesse accettare l'Articolo come è proposto dalla Commissione, in sostanza Commissione e Ministero sono precisamente d'accordo ». Queste dichiarazioni, quantunque tendenti a far trionfare una diversa redazione dell'Articolo, servono a dilucidare e chiarire l'intento della legge [1]).

Non disconosco tuttavia che può a prima giunta impressionare il fatto del trovarsi espressamente indicata nel Codice (legge speciale) oltrechè nella Legge notarile (legge generale pegli atti pubblici) l'incapacità degli amanuensi e

1) Michelozzi. Il Notariato secondo la nuova Legge italiana (Firenze 1876) Pag. 180.

dei praticanti, e *solo* invece nella Legge notarile quella che colpisce le persone addette al servizio, i parenti e gli affini del notaio. Ma la diversa data delle due leggi ce ne dà, a mio modo di vedere, la spiegazione. Nel 1865, quando si pubblicò il Codice, vigevano sul Notariato regolamenti diversi nelle singole provincie del Regno, e questi durarono dieci anni ancora, cioè fino al 25 Luglio 1875, epoca della pubblicazione della attual Legge. Ora in tanta varietà il Codice si vide costretto, ripetendo secondo una provincia, secondo un'altra invece aggiungendo alle condizioni già volute dai diversi locali regolamenti, si vide costretto, dico, a determinare esso intanto alcuni requisiti *necessarj dovunque* pei testimonj istrumentarj, *non però* coll'intenzione che avessero ad essere anche *dovunque sufficienti*, ma salvi al contrario gli altri requisiti che fossero *inoltre* per avventura imposti dagli speciali regolamenti. — Se quando si pubblicò il Codice fosse già esistita come Legge notarile unica per tutto il Regno quella che vige oggigiorno, allora sì ci sarebbe forse stato luogo a chiedere perchè, se non coll'intenzione di tôrre pel testamento le incapacità rimanenti, si fosse *ripetuta solo* quella degli amanuensi e dei praticanti; ma nello stato di cose anzidetto di una *ripetizione* simile non si può parlare e l'obbiezione quindi cade da sè.

Ritengo con Duranton [1]) e Toullier [2]) non esclusi i parenti, affini e il coniuge del testatore, inquantochè è vero che la Legge notarile non permette la testimonianza dei parenti od affini delle *parti*, ma il testatore nel senso di siffatta legge non può essere considerato come parte; inoltre i parenti del testatore non possono essere in verun modo sospetti, perchè, lungi dall'avere interesse nel testamento sarebbero spesso interessati ad impedirlo. Parimenti reputo testimonj idonei i parenti ed affini degli eredi e dei legatarj, inquantochè gli eredi e i legatarj meno ancora del testatore possono dirsi parte nell'atto, mentre chi è parte in un atto deve intervenirvi in persona propria o per procuratore, ciò

---

1) Duranton IX, 115.

2) Toullier VI. n. 399. pag. 114.

che si è ben lungi dal richiedere rispetto alle persone beneficate nel testamento [1]: inoltre se non sono incapaci di testimoniare gli eredi e i legatarii stessi (v. Cod. Civ. Art. 771, che a differenza del Codice francese dichiara per ciò nulle le istituzioni e i legati ad essi relativi e non già tutto il testamento), a più forte ragione dovranno i loro parenti poter fungere da testimonj all'atto senza che questo ne vada annullato. Sarebbe altrimenti un voler infliggere pena più grave al caso meno grave. — Finalmente non nuoce la parentela rispettiva, per quanto prossima, fra i testimonj [2], ciò che il Grenier [3]) disapprova; e nulla vieta a chi nella scrittura è nominato esecutore testamentario o tutore di parteciparvi in qualità di testimonio.

Potrebbe, a mio avviso, la nuova Legge 9 Dicembre 1877 dar luogo ad una questione. Si disse già che quella Legge cancellò il divieto alla testimonianza, ond'erano prima colpite le donne. Ora il capoverso dell'Art. 42 della Legge sul notariato dice che non sono testimonii idonei i parenti e gli affini del notaio e delle parti e i *mariti* di *esse*. Che in base alla Legge ultima debba sostituirsi la espressione più generale *coniugi* è cosa di tutta evidenza, e che d'altronde non ci riguarda, ma ciò che ne interessa è il sapere se debba ritenersi testimone inidoneo la moglie del notaio. Non so che tale questione sia stata ancora trattata. Dal canto mio rispondo che, guardando lo spirito della Legge notarile 25 Luglio 1875, ci sarebbero tutte le ragioni di supporre che ove in allora non ci fosse stato il più generale divieto a carico delle donne, si sarebbe certo esclusa nominatamente la moglie del notaio oltre i parenti e gli affini, come oltre i parenti ed affini delle parti se ne esclusero i

---

[1] Cfr. Giornale dei Notaj Anno I. pag. 165.

[2] « Pater nec non is, qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in unum testamentum fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi ». Ist. II. 10. De test. ordin. § 8. Parimenti v. l. 17 D. de testib. 22. 5.

[3] Grenier II. n. 252.

coniugi. Ma dappoichè la nuova Legge tace in proposito ed è noto doversi in materia di incapacità personali star ligi alla lettera della legge, escludendo affatto l'argomento per analogia (Cod. Civ. Dispos. prelim. Art. 4), tengo per fermo non possa nuocere alla validità del testamento pubblico l'intervento in esso del coniuge del notaio in qualità di testimonio.

Fissate pertanto le incapacità relative nelle quattro categorie fin dapprincipio esposte, resta a vedere quali siano gli estremi necessarj perchè l'individuo possa dirsi nell'una o nell'altra compreso. In particolare chi può dirsi praticante, amanuense o domestico del notaio? Praticante del notaio è solo chi sia in tale qualità debitamente iscritto presso il Consiglio notarile del distretto giusta le norme della Legge notarile (Titolo II, Capo I, Sez. 1). Domestico chi gli presta abitualmente in tale qualità servizio dietro retribuzione, e il doppio requisito della abitualità e della retribuzione necessita eziandio a costituire la qualità di amanuense, nè può quindi qualificarsi tale chi trovisi nello studio del notaio in via di semplice esperimento [1]).

Della capacità putativa: È applicabile, trattandosi di testimonii, il principio tratto dalla famosa legge Barbarius Philippus, che cioè « *error comunis facit ius* »? [2]) Le opinioni sono discordi. Alcuni non ritengono in nessun caso sufficiente una capacità putativa: « non esitiamo a dichiarare, scrive per esempio il Buniva [3]), che a fronte della legge la quale, a pena di nullità dell'atto, prescrive nei testimonii alcune qualità precisamente determinate, mancando alcuna di esse l'atto è nullo, e così nel caso nostro il testamento cade senza che alcun interessato possa invocare per sostenerlo l'opinione generalmente invalsa sulla capacità del te-

---

[1]) Cfr. Sent. 27. Dicembre 1873 della Corte d'Appello di Milano (Ann. giur. it. VIII, p. 2. pag. 81.).

[2]) Cfr. l. 1. Cod. de test. 6. 23. Istit. II. 10 De test. ord. § 7.

[3]) Buniva. Delle successioni (Torino 1870) Pag. 192. V. pure in questo senso Michelozzi Op. cit. Pag. 140, ove adduce in sostegno una Sentenza 17 Febbr. 1806 della Corte d'Appello di Torino.

stimonio». Altri, come Grenier [1]), Dalloz [2]) e Merlin [3]), distinguono l'errore intorno a qualità relative ai diritti politici e civili dall'errore relativo all'età (al sesso) e alla parentela, e pel primo soltanto accolgono il principio. Finalmente c'è chi lo adotta senza distinzione di sorta, solo ammettendo che nel secondo caso, cioè quando si trattasse di incapacità attinenti all'età (sesso) o parentela converrebbe essere assai men corrivi nell'applicarlo [4]). È questa, a mio avviso, l'opinione da seguirsi, e la trovo suffragata da un giudicato della Corte d'Appello di Torino [5]). Certo però che a rendere il testamento valido ad onta del difetto di capacità in un testimonio richiedonsi fatti abbastanza ripetuti e gravi, i quali concorrano a stabilire nel testimonio medesimo un possesso di stato delle volute qualità, comechè non conforme alla verità delle cose e ad indurre così e giustificare quasi l'errore comune. Ma quando questo possesso di stato sussista, non so perchè gli si vorrebbe dare forza nell'un caso e non invece nell'altro. — Quanto poi ai sostenitori della prima opinione troverei da osservare che a nulla approda l'argomento da essi addotto, che cioè nessuna supposizione, comunque ragionevole, vale a sanare la nullità *recisamente* dichiarata dall'Art. 804 del Codice e 49 della Legge notarile, poichè in ogni e qualsiasi caso allorquando si parla di applicabilità della legge Barbarius Philippus si parte appunto dal supposto di una incapacità e nullità dichiarate dalla legge, e a cui tratterebbesi di derogare in vista delle speciali condizioni di fatto.

Per ciò che concerne la prova, noto col Forti [6]) che «secondo la più equa sentenza quando colui che attacca il testamento ha provata l'inidoneità del testimone al tempo della testamentifazione (e tale prova gli incombe perchè la

1) Grenier II. n. 256.

2) Dalloz. Dispos. entre vifs et testaments n. 220.

3) Merlin. v. témoins instrumentaires § 2 n. 3.

4) Così Troplong. n. 1688.

5) Sent. 5. Aprile 1867 (V. il giornale «La Giurisprudenza Vol. IV. pag. 347.).

6) Forti Op. cit. pag. 18 n. 136.

capacità sempre si presume), non ha bisogno di provare che l'inidoneità fosse conosciuta, ma sta totalmente a carico di chi sostiene l'atto il giustificare che la pubblica opinione era in errore, reputando idoneo quegli che oramai consta non essere stato tale». Ciò consuona infatti col principio «Reus excipiendo fit actor», e divenuto pertanto attore varrà anche per lui la regola «Asserenti incumbit probatio».

§ 4.

Persone eventualmente partecipanti all'atto.

Sommario. *A.*) Persone che *devono* in certi casi intervenire: fidefacienti ed interpreti. — *B.*) Persone che *possono* intervenire. Testimonii sopranumerarii. Se e come possano presenziare i beneficati nel testamento.

Fin qui delle persone, le quali *necessariamente* concorrono alla confezione di un *qualsiasi* testamento pubblico. Può essere che altri ancora per le speciali condizioni di fatto *debbano* intervenirvi, e sono precisamente i fidefacienti e l'interprete. Finalmente resterà di vedere quali persone *possano* prendere parte all'atto, senza che questo abbia a ritenersene invalido.

A) *Persone che devono in certi casi intervenire.*

1) *Fidefacienti:* Nel rogare un qualsiasi atto il primo obbligo che incombe al notaio è di assicurarsi dell'identità delle persone delle parti, e, se nol faccia, andrà soggetto alla pena del carcere e della sospensione dai pubblici ufficii (Codice Penale Art. 348). — S'egli non conosca personalmente le parti deve accertarsi dell'identità delle loro persone per mezzo di due fidefacienti da lui conosciuti, i quali possono essere coloro medesimi che intervengono all'atto come testimonii. Ora tuttociò vale anche pella ricezione del testamento pubblico in relazione alla persona del testatore, e questo in base all'Art. 41, combinato coll'Art. 51 della Legge notarile. I fidefacienti debbono avere i requisiti stabiliti per i testimonii, ma non sono loro d'ostacolo le attinenze e le qualità accennate nel primo capoverso dell'Art. 42 della Legge (Art. 42 3.° al.).

2) *Interprete:* In via teorica si potrebbe forse sostenere l'inconvenienza di far uso d'interpreti negli atti di ultima volontà, perchè la dichiarazione, come scrive il Paoli [1]), quand' anche l'interprete fosse fedele ed espertissimo nel tradurla, non sarebbe fatta dal testatore, ma bensì da un estraneo. Ma venendo alla legge positiva è d'uopo ritenere invece ammissibile, anzi, per meglio dire, in certi casi richiesto l'intervento d'interprete pella combinazione del famoso Art. 51 cogli Art. 45 e 46 della Legge notarile.

B) *Persone che possono concorrere nell' atto* senza nuocere alla sua validità. È certo anzi tutto che potrà assumersi un numero di testimonii maggiore del necessario pel noto adagio «Utile per inutile non vitiatur» [2]) e conseguentemente basterà che fra i tanti intervenuti di capaci ve ne siano nel numero dalla legge voluto. Su ciò tutti concordano. — Non così invece sul punto: *Se al testamento tolga efficacia la presenza dell' erede o legatario in esso nominato.* Ecco quanto in proposito scrive il Buniva [3]): «Da che appartiene alla natura del testamento che sia un atto unilaterale si dedusse da taluno la conseguenza della nullità del testamento alla cui celebrazione sia stato presente o l'erede o il legatario in esso nominato». Noi però, ponendo mente al principio che «Utile per inutile non vitiatur», crediamo che sussista purchè siano state osservate tutte le formalità dalla legge prescritte pei testamenti». — Per converso il Ricci [4]) opina che «debba ritenersi inefficace il testamento in cui sia intervenuto l'erede per accettare il lascito fattogli, non essendo questo il caso di applicare il noto adagio, inquantochè la presenza dell' erede nell' atto in cui il testatore dichiara la sua volontà, e l'accettazione per parte di lui della volontà dichiarata, dimostrano che fra il testatore e

---

[1]) B. Paoli. Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano (Genova 1875) pag. 108.

[2]) «*Necessaria prætermissa imminuunt contractus et testatoris officiunt voluntati, non abundans cautela*». I. *17 C. de test. et quem. 6, 23.*

[3]) Buniva cit. pag. 112.

[4]) Ricci. — Op. cit. Vol. III. pag. 108 n. 90.

l'erede vi fu intelligenza, e che la volontà di quest' ultimo ha influito sulla volontà dell'altro, la quale perciò non può più ritenersi spontanea». Dal canto mio opino che non potrebbe intanto ragionevolmente elevarsi dubbio sulla validità dell'atto perciò solo che il legatario od erede vi avesse presenziato, se non vi assunse una speciale veste e non vi appose la sottoscrizione. Se poi assunse la veste di testimonio sappiamo già per l'Art. 771 del Codice che ciò annullerà il testamento non già per intero, ma solo in quella parte che al testimonio onorato si riferisce. La questione adunque si restringe al caso in cui egli abbia apposta la firma come accettante il lascito, simile a ciò che farebbe un donatario in un atto di donazione. Ora per poter credere l'atto in conseguenza di ciò nullo è necessario supporre che quel fatto abbia per sè tale efficacia da poter mutare o lasciar dubbia la natura dell'atto stesso, sicchè in luogo di un testamento si abbia o possa sospettarsi di avere una donazione mortis causa; altrimenti noi non dovremo vedervi che l'aggiunta di una formalità non richiesta e quindi da tenersi come non avvenuta, per quanto, se vuolsi anche, inopportuna.

Portata la questione su questo terreno a me pare certo che l'intervento del beneficato nel soprenunciato modo a tanto *per sè solo* non basti, e che, se la sostanza dell'atto è tale da non lasciar dubbio che si tratti di atto di ultima volontà revocabile e spontaneo, cioè di un testamento, rimarrà tale, e come tale, se adempiute le formalità di legge, valido ed eseguibile, ad onta dell'*inutile* intervento ed accettazione del beneficato. Quell'intervento e quell'accettazione invece saranno elementi decisivi per confermare il dubbio o tramutare il dubbio in certezza che trattisi di donazione causa mortis anzichè di testamento, qualora questo dubbio trovasse il suo primo germe nelle espressioni non chiare ed equivoche dell'atto medesimo, dal quale cioè non risultasse colla *massima evidenza* l'intenzione di disporre con atto di ultima volontà.

CAPITOLO II.

Delle formalità del testamento pubblico.

In conformità della duplice fonte da cui fin dapprincipio si è visto doversi attingere le norme sul testamento pubblico, il presente capitolo andrà diviso in due Sezioni, l'una per le formalità imposte dal Codice, l'altra per quelle contenute nella Legge sul Notariato.

Cominciamo dalle prime.

SEZIONE PRIMA

Formalità contenute nel Codice.

Le formalità essenziali del testamento pubblico sono, giusta il Codice, le seguenti;

1) la dichiarazione di volontà fatta dal testatore al notaio in presenza dei testimonii.

2) la riduzione in iscritto per cura del notaio della volontà per tal modo dichiarata.

3) la lettura del testamento al testatore in presenza dei testimonii.

4) la menzione espressa dell'osservanza di tali formalità.

5) la sottoscrizione (o il suo equipollente) del testatore e la sottoscrizione dei testimonii e del notaio (Articoli 778, 779, 780).

Ne tratterò in distinti paragrafi, aggiungendovene alla fine un sesto per l'esame delle poche varianti introdotte dall'Art. 787 pel testamento pubblico del sordo.

§ 1.

Della dichiarazione di volontà del testatore.

Sommario. Critica delle espressioni del nostro Codice in argomento. Ufficio del notaio rispetto a questa formalità. Del testamento *ad alterius interrogationem*. Modo ondo il testatore deve esprimere le sue volontà. Se alla dichiarazione equivalga la dettatura.

La nuncupazione non apparisce, a mio avviso, pienamente indicata come dovrebbe nelle espressioni della legge

« Il testatore *dichiarerà* al notaio in presenza dei testimonii la sua volontà......» (Art. 778). Infatti *dichiarare* per sè non significa altro che manifestare, render noto, e non include l'idea del *modo* onde questa manifestazione dee farsi, tanto è vero che nella pratica degli affari e nelle giudiziarie procedure sentiamo continuamente parlare e di dichiarazioni orali e di dichiarazioni scritte. Se non fossero pertanto la natura e la storia del testamento pubblico e più ancora quella espressa disposizione di legge che interdice ai muti questa forma di disporre per atto di ultima volontà, nulla autorizzerebbe, io credo, a ritenere invalida una dichiarazione scritta fatta al notaio presenti i testimonii e quindi consegnata al notaio stesso perchè la trascrivesse sotto forma di atto autentico, nel che consiste la seconda formalità. — La oralità adunque stava bene accennata, per amore non foss' altro di quell'esattezza che nel legislatore non è mai soverchia.

Nel rimanente invece la sovracitata dizione dell'Articolo merita lode, perchè la espressione « dichiarerà *al* notaio *in presenza* dei testimonii, richiama tosto alla mente ed indica in fatto il mutuo rapporto in che stanno fra loro rispetto a questa formalità le persone intervenienti, con più precisione che se fosse stato detto, com' era, per es. nella Legge toscana del 15 Novembre 1814, che la dichiarazione deve farsi dal testatore « *in presenza del notaio e dei testimonii* ». Infatti balza così subito agli occhi quella corrente che deve direttamente stabilirsi in questa formalità fra il testatore e il notaio, e che ha il suo parallelo nell' altra corrente che parte dal notaio e va al testatore nella lettura del testamento che il primo vedremo dover fare al secondo *presenti* sempre i testimonii, i quali pertanto e nell' un caso e nell'altro non hanno altro ufficio che di vigili osservatori. — Inoltre è con questa espressione messa fuori di dubbio la necessaria contemporaneità dell' assistenza del notaio e dei testimonii alla dichiarazione e dei testimonii e del testatore alla lettura.

La parte attiva, se mi è lecito così esprimermi, la esercita il testatore coll' orale esposizione della sua volontà, men-

tre il notaio ha solo quella passiva dell'ascoltatore. Epperò quest'ultimo uscirebbe dalla sua sfera di azione, qualora si permettesse di suggerire disposizioni al testatore o di fargliene richiesta, la volontà dovendo uscire spontanea dalla bocca di lui e non già «ad alterius interrogationem». Colla sua solita esattezza e concisione il Forti [1]) espone i pericoli che sarebbero inerenti a questo modo di testare, il quale tuttavia venne un tempo ammesso da molti dottori all'appoggio della glossa nella L. Jubemus Cod. de testam., e, fonte d'innumerevoli abusi, seguito eziandio nella pratica. — Non precisando però l'Art. 778 del Codice il modo con cui la volontà deve essere dal testatore dichiarata, se anche si provasse che il testatore dichiarò la volontà mercè risposte date di propria bocca con tronche affermazioni agli altrui suggerimenti, potrà il notaio essere incorso in un errore di diritto implicante una questione di nullità della disposizione, non mai di falsità [2]).

La dichiarazione dee farsi in modo chiaro e intelligibile, sicchè non solo il notaio ma altresì i testimonj la apprendano: taccio della lingua riservandone la trattazione in via generale alla Sezione seconda. — Non sono prescritte formule tassative. Saranno quindi uguali le espressioni «Dispongo, ordino, voglio, ecc.» a differenza dell'Antico Diritto Romano, dove non si sarebbe assolutamente potuto scambiare la formula «Heres esto» coll'altra «Heres sit» [3]). Ciò del resto concerne più che altro la forma interna del testamento, se con questo nome anzichè alludere al contenuto, come impropriamente hanno fatto alcuni, si voglia intendere giustamente col Gabba [4]) l'interno ordinamento dell'atto, cioè l'essere osservata o non osservata la legge che impone o divieta certe specie di disposizioni e l'essere osservate o non osservate le *formule* che la legge prescrive per certe

---

[1]) Op. cit. pag. 20 nn. 146-151.

[2]) Sent. 31 Gennaio 1876 della Corte d'Appello di Milano (Monit. dei Trib. XVII. pag. 521); nello stesso senso V. Cass. di Torino 12 agosto 1873 (Monit. dei Trib. XIII. pag. 923).

[3]) Gai. Comm. II. 117.

[4]) Gabba. Della retro attività delle leggi III. 305.

specie di disposizioni ch'essa permette» (Invece il contenuto del testamento è costituito dalle disposizioni che il testatore vi enuncia [1])).

Noto prima di chiudere su questo argomento che il Codice francese, a differenza del nostro, non si accontenta che le disposizioni siano dichiarate dal testatore, ma vuole ch'esso le *detti* al notaio. Però, essendo nel più compreso il meno, dovrà ritenersi presso di noi soddisfatto il voto della legge qualora in luogo della semplice dichiarazione siasi fatta la dettatura. Ed a chi osservasse in contrario che, giusta l'Art. 778, prima deve dichiararsi *tutta* la volontà, e poi così dichiarata ridursi in iscritto, il che non avviene colla dettatura, risponderemmo colla Corte di Venezia [2]) che anche chi detta dichiara la propria volontà prima di essere scritta; nè occorre che il notaio in prima conosca dove miri e come si concerti, a ciò servendo il contesto dello scritto.

§ 2.

Della riduzione in iscritto per cura del notaio.

Sommario. Duplice ufficio della scrittura. Da chi debba farsi la riduzione in iscritto delle volontà del testatore. Di ciò che deve ridursi in iscritto. — Se occorre far parlare il testatore in persona prima. — Argomenti contro la comune opinione, non necessitare la presenza del testatore e dei testimonj a questa formalità.

Duplice è la funzione della scrittura: rendere permanente l'ufficio della parola e presentare le menzioni dal legislatore volute [3]). Quali caratteri debba avere rispetto a questa seconda parte, è cosa di cui tratterò parlando in via speciale della menzione, che per sè costituisce altra delle formalità essenziali del testamento pubblico. — Qui invece la si considera soltanto come riduzione in iscritto della volontà del testatore.

---

[1]) Gabba, ib.

[2]) Corte d'App. di Venezia Sent. 27 Luglio 1876 (giornale dei Notaj I. pag. 894).

[3]) Cfr. C. d'App. di Bologna Sent. 14 Apr. 1873 (Ann. giur. it. VII. p. 2. pag. 649).

È questo il primo momento in cui il notaio, fin qui muto ricevitore delle altrui disposizioni, palesa esternamente l'azione sua, azione tanto più rilevante in quanto è affidata esclusivamente alla di lui cura.

Con rigore soverchio però l'Art. 972 del Codice francese esige, coerentemente al disposto della dettatura, che la riduzione in iscritto sia fatta *dal* notaio o da uno dei notai roganti, mentre da noi, bastando ch' essa avvenga *per cura* di esso, non si abbassa l'ufficio del notaio fino a ridurlo, come dice egregiamente il Paoli [1]), a far opera di materiale amanuense: è il concorso intellettuale che nell' ufficiale pubblico richiedesi: tutto il resto è puro meccanismo e può adempiersi da chicchessia [2]).

Che cosa ha da ridursi in iscritto? Pel Codice francese il testamento «tel qu'il est dicté», da noi la *volontà* dichiarata: quindi la locuzione nostra si presta meglio a far comprendere che non sono necessarie le identiche espressioni di cui il testatore fece uso, ma che ciò che importa è che il senso sia fedelmente riprodotto. — Le disposizioni testamentarie sono ordinariamente redatte in persona prima (Lego, istituisco erede, ecc.), ma nulla impedisce che si esprimano in terza persona. Ciò è oramai pacifico nella Giurisprudenza francese e devesi ammettere a fortiori presso di noi, dacchè il nostro Codice, come si disse, non prescrive che il testamento sia *dettato* dal testatore al notaio.

Perchè la riduzione in iscritto è opera esclusiva del notaio, si dovrà forse dire che le altre persone, cioè il testatore e i testimonii debbano o almeno *possano* rimanere affatto estranei all'adempimento di questa formalità, o non si riterrà piuttosto anche qui necessaria la loro presenza? È in questo secondo senso ch'io mi pronuncio, benchè non ignori di aver contro un nugolo di autorità schiaccianti, anzi nessuna, ch'io sappia, in mio favore. Limitiamo la questione ai testimonii.

---

[1]) Op. cit. pag. 109.

[2]) Epperò se chi scrive non è il notaio, appunto perchè non partecipa moralmente all'atto, crederei validi i legati od istituzioni in suo favore contenuti nel testamento.

Si dice che non è necessaria la loro presenza perchè l'art. 778 a questo proposito non ne parla, mentre invece la richiede espressamente per l'anteriore formalità della dichiarazione e per la susseguente della lettura. L'argomento sarebbe decisivo, qualora quell'articolo lo si dovesse prendere isolatamente, ma considerato in unione agli altri che versano sul testamento pubblico e più particolarmente in relazione al 777, esso mi conduce all'opposta conclusione.

L'art. 777 è del seguente tenore: « Il testamento pubblico è *ricevuto* da un notaio *in presenza* di quattro testimonii o da due notai in presenza di due testimonii. » Se negli articoli successivi non si fosse mai più parlato di assistenza dei testimonii, è certo tuttavia che la si sarebbe ritenuta indubbiamente necessaria per tutto intero il corso della testamentifazione in base alle sole parole: « ricevuto...... in presenza », che veggo usate anche all'art. 40 della Legge sul Notariato, ove si dice che: « L'atto notarile è *ricevuto* da un notaio *in presenza* di due testimonii », e ciò pena nullità in base all'art. 49, n. 4 della Legge stessa.

Ora da che risulta *l'atto notarile?* Certo dal complesso delle formalità che nel caso concreto la legge richiegga, e quindi il dire che occorre la presenza dei testimonii alla ricezione dell'*atto*, equivale a dire ch'essa è necessaria allorquando il notaio adempie *tutte* le formalità dalla legge volute. Nel ricevere è compreso il redigere, inquantochè [1]) « nel consueto linguaggio giuridico che si riferisce al notariato si è sempre dato alla parola ricevere un significato più esteso di quello letterale, poichè nel ricevere indicato dalla legge non è contemplato l'atto di un materiale ricevimento, ma bensì l'atto per il quale il notaio dà forma e sanzione pubblica a convenzioni (e noi diremo più generalmente a negozii) ch'egli roga [2]) ».

---

1) Michelozzi (Op. cit. pag. 25) il quale però adotta anch'egli l'opinione contraria alla mia.

2) Parimenti il Troplong (Op. cit. n. 1506) scrive: L'atto non è completo e valido se non si svolge regolarmente in tuttociò che si esige dal testatore ed in ciò che al notaio è prescritto, *nel che consiste la ricezione*. E altrove: « I testimonii devono essere presenti a tuttociò che costituisce la confezione del testamento (n. 1671) ».

Ciò posto, nel testamento (e testamento, dice benissimo il Troplong [1]) sotto l'aspetto delle solennità vale non soltanto la dichiarazione fatta dal testatore, ma altresì il corteggio delle formalità necessarie per dare a questa volontà il suo carattere autentico), nel testamento, dico, figura tra le forme essenziali la riduzione in iscritto per cura del notaio, e quindi anche ad essa devono presenziare i testimonii. Non si possono insomma scindere le formalità dal cui assieme l'atto risulta, sì che all'una abbiano ad assistere e all'altra no, ma dal momento che presenza all'atto è richiesta, vale presenza a tutte le formalità.

Altro argomento parmi potersi dedurre dal confronto col Codice francese. Ivi l'art. 971 dichiara: « Il testamento per atto pubblico è quello che vien *ricevuto* da due notai in presenza di due testimonii o da un notaio alla presenza di quattro testimonii ». Questo articolo consuona perfettamente col 777 del Codice nostro. Nel successivo 972 la presenza dei testimonii è menzionata come necessaria *solo* pella lettura dell'atto. Cionondimeno in Francia a nessuno certo è mai passato pel capo il dubbio che l'assistenza dei testimonii non la si dovesse perciò richiedere, a mo' d'esempio, pella dichiarazione del testatore, prima sostanzialissima formalità. Voglio dire con questo che il non essere nell'articolo espressamente domandato il concorso dei testimonii ad una formalità non implica che questo concorso non sia necessario in effetto riguardo alla solennità stessa, postochè nell'articolo precedente, 971 nel Codice francese, 777 nel nostro, esso è richiesto in genere pella ricezione dell'atto. — E come pella dichiarazione orale, così anche pella scrittura la dottrina e la giurisprudenza francese ammisero concordi indispensabile il detto concorso, nè mi si dica dipendere ciò unicamente dal fatto che il requisito della *dettatura* rende ivi simultanee le due operazioni, inquantochè questa simultaneità *non* è menomamente per la natura delle cose *necessaria*, sia pure che sempre si avveri. Infatti la dettatura di una parola, ed estendendo, di una disposizione, e più ancora, se di

---

[1]) Troplong n. 1506.

tanto la umana memoria si addimostrasse capace, di un intero gruppo di disposizioni, è già avvenuta quando il testatore le ha oralmente enunciate e il notaio si è *disposto* a scriverle, senza che occorra il fatto stesso della scrittura, per cui sarebbe benissimo concepibile il caso, massime trattandosi di una disposizione breve, che la anzidetta simultaneità delle due operazioni non avvenisse, e quindi potesse nell'adempimento di una richiedersi cosa non ritenuta necessaria per l'altra.

Riassumendo adunque, è ad esuberanza che il nostro articolo 778 *ripete* la necessità della partecipazione dei testimonii alla prima e alla terza formalità dopo la espressione genericamente comprensiva dell'articolo precedente: forse ci è ritornato sopra per l'importanza maggiore, non nego, che ha l'ufficio dei testimonii in quelle anzichè nella solennità in discorso; direi quasi che lo ha fatto rispetto ad esse soltanto considerandole come i due estremi, sì da potersi poi applicare, mi si passi la strana espressione, qualche cosa di simile al principio: « Probatis extremis praesumitur medium ». Il dedurne pertanto un argomento contro la necessità della presenza dei testimonii alla scrittura contrasta colla legge presa nel suo assieme ed « incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere [1]) ». Certo però che sarebbe stato più prudente il legislatore se avesse anche rapporto alla solennità della riduzione in iscritto ripetuto l'obbligo della presenza dei testimonii, com'era nei Codici parmense [2]) ed estense [3]).

Confesso del resto, come fin dapprima accennava, di avere in massima la Giurisprudenza contraria. Anzi a tanto si spinse l'erroneo principio che la Corte d'appello di Genova [4]) decise che possa dichiararsi la volontà del testatore al notaio non presenti i testimonii e che il notaio la scriva o faccia scrivere, poi la ridichiari il testatore presenti i testimonii

---

[1]) l. 24 D. de leg. 1. 3.

[2]) Art. 729.

[3]) Art. 700.

[4]) Sent. 21 Giugno 1872. Ann. giur. it. VI, p. 2,pag. 273.

e se ne dia al testatore, essi ancora presenti, lettura, invertito così l'ordine delle formalità quale è nel Codice all'art. 778. Eccesso che il Pacifici-Mazzoni, il quale pure mi sta contro nella ora svolta questione, disapprova, osservando giustamente fra le altre che la volontà che la legge vuole sia ridotta in iscritto è la *volontà dichiarata presenti i testimonii.*

Tanto sui testimonii. Anche del testatore crederei necessario l'intervento, perchè, come dice il Troplong [1]), essendo egli l'unico autore dell'atto che contiene le sue ultime volontà, tutte le parti dell'atto devono in sua presenza eseguirsi.

E dopo ciò veniamo alla terza formalità.

§ 3.

Della lettura dell'atto al testatore presenti i testimonii.

Sommario. Scopo di questa formalità. Chi debba far la lettura. Di ciò che deve leggersi.

Come accertare il testatore e i testimonii dell'esatta corrispondenza della scrittura colla dichiarazione orale? Col mezzo della lettura dell'atto.

È curioso però che, mentre trattasi di un controllo all'operato del notaio, si affidi poscia a lui stesso simile ufficio: ma in ciò si partì dalla necessariamente presupposta onestà di chi, fungendo da ufficiale pubblico, si presenta meritevole della più ampia fiducia.

La lettura anzi non può essere fatta da altri che da lui, perchè il disposto dell'art. 778 è tassativo e sotto pena di nullità (art. 804), tantochè non aderirei nemmeno a quegli scrittori (es. il Marcadé [2])), i quali opinano essere valida la lettura per opera di altra persona, come sarebbe un praticante, datochè il testatore fosse un po' sordo ed il notaio non avesse la voce forte. La contemplazione di questo caso m'indurrebbe tutt'al più a far voti perchè la legge, simile a ciò che vedemmo valere rispetto alla riduzione in iscritto, si limitasse ad *esigere* anche di questa formalità l'adempimento solo *per cura* del notaio.

---

1) N. 1577.

2) Marcadé IV, n. 24.

La lettura deve farsi appunto a voce alta ed intelligibile: rispetto alla lingua mi rimetto anche qui a quanto avrò occasione di dirne trattando delle formalità della legge notarile.

Ciò che dee leggersi è la *volontà* espressa e fermata poi collo scritto, e questa volontà tutta *intera*, sicchè se fu ommessa una disposizione o un rinvio o una postilla non in questa parte soltanto, ma in tutto il testamento andrà annullato, salvochè [1]) trattisi di aggiunte semplicemente interpretative, mercè cui il testatore « nihil dat sed datum significat », in altri termini di quelle aggiunte, che, come dice Borsari [2]), anche intralasciate sarebbero supplite dal giudice e si avrebbero come comprese.

Finalmente noto che se il testamento fu ricevuto da due notai, la lettura può compiersi anche da quello che non ebbe cura della sua redazione in iscritto ed alternativamente dall' uno e dall'altro [3]).

§ 4.

Della menzione dell'osservanza delle esposte formalità.

Sommario. Ufficio e natura speciale di questa formalità. Menzioni necessarie ed eventuali. — *a*) Di quali formalità debba farsi menzione. — *b*) Requisiti della menzione. Significato dell'aggiunto « espressa ». Teorie sull'equipollenza. Se possano le menzioni porsi in bocca al testatore. — *c*) Lettura e posto delle menzioni.

Un fatto o un diritto non sussiste giuridicamente se non in quanto può offrirsene la *prova*, sicchè questa sotto un certo aspetto diventa un *elemento* di quel fatto o diritto, anzi l'elemento il più vitale. Ne segue che tanto più potrà dirsi perfetto, quanto maggiore ne sarà l'attitudine ad essere accertato, perfettissimo quello cui si possa in certo modo applicare l'« *Omnia bona mea mecum porto* », perchè in sè stesso racchiuda gli elementi probatorii. È poi naturale che questi elementi, questi mezzi di prova debbano variare secondo la diversa natura del fatto da accertarsi.

---

1) Troplong, n. 1563, e Toullier V, 432.

2) Borsari III, § 1690, pag. 328.

3) Buniva pag. 184.

Trasportiamo queste poche e semplicissime idee al testamento, ed eccone chiaro l'ufficio della menzione, esplicata la sua duplice qualità di mezzo di prova delle precedenti formalità e di formalità essa stessa, giustificata finalmente l'esclusione di ogni mezzo extratestamentario. — L'adempimento delle formalità della dichiarazione, della scrittura *per cura* del notaio e della lettura costituisce dei fatti, i quali (il primo e l'ultimo specialmente) non lasciano di sè traccia, non sono prova a sè stessi, com'è invece della sottoscrizione e della data. E perchè il testamento, uso le parole del Troplong [1], «il più solenne di tutti gli atti della vita umana deve sostener si colle sue proprie forze senz'aver bisogno di soccorsi estrinseci», era necessario che cosifatta prova fosse nell'atto ordinata come parte sostanziale di esso. — Epperò mentre quelle formalità prese *singolarmente* sono nel senso sopradetto atti imperfetti, in quanto hanno bisogno dell'appoggio della menzione, il testamento pubblico è un'*unità* perfetta, perchè dei fatti, dal cui assieme risulta, porta seco la prova. E nella stessa guisa che sarebbe invalido il testamento se vi fosse la prova senza il substratum, cioè la menzione di formalità realmente non adempiute, così la mancanza della menzione, prova unica e tassativa equivarrebbe a mancanza di esecuzione, il che è giustificato dalla natura del negozio di cui si tratta e da ragioni di convenienza sociale, poichè, come dice il Romagnosi [2], se può accadere che una delle suddette formalità sia stata adempiuta ma non mentovata e che da ciò taluno riporti danno per inescusabile trascuranza dell'estensore del testamento, questo inconveniente si deve valutare come nullo a fronte dei molteplici e gravissimi inconvenienti, cui la frode, l'urto delle passioni, la lunghezza dei processi aprirebbero l'adito nel sistema contrario. — È così pertanto che combinando i mezzi più acconci e meglio indicati da una lunga esperienza il legislatore ha cercato ed è, a parer mio, riuscito nel modo migliore a risolvere uno dei più difficili problemi della certezza morale, qual'è la prova della volontà del testatore in un tempo in cui

---

1) Troplong, n. 1535.
2) Op. cit.

non è più, e non può ritrattarla nè accusarne la falsità [1]). La menzione inoltre, se è necessaria come prova, è al tempo stesso utile come mezzo di richiamo alla mente del notaio delle formalità di cui la legge richiede la provata osservanza.

Necessarie in ogni e qualsiasi testamento per atto pubblico sono le menzioni dell'adempimento delle suesposte formalità: altre menzioni *eventuali* perchè dipendenti da speciali condizioni del testatore sono quelle accennate agli articoli 779 e 787 1.º al. — Riservandomi a trattare particolarmente di queste ultime nei due seguenti paragrafi, noto intanto che i principii generali che ora verrò qua e là esponendo, valgono in massima e per le une e per le altre.

Trattasi di vedere: *A*) Di quali formalità debba farsi la menzione. — *B*) Requisiti di essa. — *C*) Dove debba collocarsi e se sia da darne lettura.

A) *Di quali formalità debba farsi menzione.* Se è irrazionale il sistema d'interpretare la legge attenendosi servilmente alla lettera anzichè indagarne lo spirito, è però altrettanto pericoloso il voler filosofare in ogni parte, e, torturando o dispregiando la lettera anche là dov'essa escluderebbe ogni dubbio, giungere a conseguenze diverse da quelle che apparirebbero dalla chiara dizione della legge. In siffatto modo l'arbitrio si sostituisce alla volontà del legislatore, domina sovrana l'incertezza, e di considerazione in considerazione, spesso di cavillo in cavillo, ci si potrebbe assumere di compilare un Codice tutto opposto al vigente coll'unico scopo di illustrarlo. A tali riflessi io venia tratto vedendo qualche scrittore, come il Mazzoni [2]), e non senza appoggio di sentenze [3]) ammettere non necessaria la menzione che il testamento fu scritto per cura del notaio. — Si dice che «potendo il notaio far scrivere ad altri le volontà del te-

---

[1]) Cfr. Sent. 10 Marzo 1877, Cass. di Roma (*Giornale dei Notai* II, pag. 416).

[2]) Comm. III. n. 26.

[3]) Trib. Civ. di Mondovì Sent. 29 Sett. 1871 (La Giurisprud. IX, 238) e Corte d'Appello di Torino 3 Giugno 1873 (La Giurisprud. X, 601) stessa Corte 26 Giugno 1874 (La Giurisprud. XI, 596) e 26 Febbr. 1875 (Ann. giur. it. IX, p. 2, pag. 274).

statore, non è necessario che faccia menzione espressa che la riduzione in iscritto è stata eseguita *per cura del notaio*. La stessa esistenza dell'atto scritto e la dichiarazione del notaio ch' egli l'ha ricevuto, mentre fanno fede che la volontà dichiarata fu realmente ridotta in iscritto, stabiliscono in pari tempo che ciò avvenne per cura del notaio senza necessità della relativa testuale menzione, la quale nulla aggiungerebbe all'atto e non potrebbe avere alcun utile scopo, giacchè, non specificando la legge alcun fatto, col quale dovesse esplicarsi la cura, che il notaio dovea porre a che la volontà dichiaratagli fosse ridotta in iscritto, ove pure il notaio dichiarasse testualmente che per sua cura ciò è avvenuto, nulla aggiungerebbe al fatto, mercè cui siffatta operazione è per se stessa stabilita »[1]. E tuttociò si argomenta in onta al testuale disposto della legge, la quale nello stesso Articolo in cui parla della dichiarazione, della *riduzione in iscritto* e della lettura, conchiude che sarà fatta menzione dell'adempimento di *tali* formalità! O la scrittura non è una formalità, o se la è, vivaddio che anche di essa dovrà farsi menzione, nè c'è sottigliezza di ragionamento che valga a dispensarne, avvegnachè anche qualora questa formalità non apparisse motivata da alcuna ragionevole causa, l'obbligo di adempierla non cesserebbe per questo, dacchè la legge manifestamente lo impone. — Ad esuberanza poi osservo che la ratio legis non manca, perchè certamente la scrittura per sè sola non palesa di essere stata redatta *per cura del notaio*. — La menzione adunque deve riferirsi a tutte le formalità di cui all'Art. 778 [2]).

Osservo invece che, mentre si potè dubitare in Francia se l'espressione «*Del tutto* sarà fatta menzione espressa» si estendesse anche all'Art. 971 anzichè al 972 solamente, opinione alla quale inclina Duranton [3]), simile dubbio non parmi possa elevarsi da noi per rispetto all'Art. 777. È

---

1) Cit. Sent. 26 Giugno 1874 della Corte d'Appello di Torino.

2) Grenier nel citare (II. n. 238) una decisione della Cass. Fr. in questo senso dice ch'essa fu «universalmente applaudita».

3) Duranton X n. 67.

certo cioè che, chiudendosi il 778 colle parole «Sarà fatta menzione espressa dell'adempimento di *tali* formalità» si riferisce alle formalità in esso Articolo enunciate, tanto più che sarebbe superflua la menzione in aggiunta della ricezione, indicata all'Art. 777.

B) Requisiti della menzione: La prima questione che qui ci si presenta verte sul significato del qualificativo *espressa* che accompagna la parola menzione. La Corte di Macerata [1]) avea deciso che l'aggiunto «espressa» equivaleva a speciale, chè altrimenti la legge avrebbe messa una parola inutile, oziosa, non bastar quindi a soddisfare il voto della legge la enunciazione generica e complessiva della presenza dei testimonj alle operazioni della dichiarazione e della lettura, ma essere necessaria la enunciazione diretta e speciale di tale presenza ad una cadauna delle operazioni suddette. — Ma quella sentenza fu cassata dalla Corte suprema di Torino [2]), la quale osservò che è vero che la legge vuole che la menzione sia espressa e che le parole della legge non si devono mai considerare superflue, ma che a questo obbietto è facile la risposta: volendosi respingere ogni prova dell'esecuzione delle due formalità per mezzo di induzione e richiedere che la prova risultasse chiara e positiva dalle voci adoperate dal notaio, si credette che la parola espressa meglio servisse a spiegare la intenzione del legislatore; altrimenti la parola espressa aggiunta alla menzione significherebbe la stessa cosa e costituirebbe un vero pleonasmo. — E analogamente la Corte di Milano [3]): «Fu aggiunto alla parola menzione l'addiettivo espressa non per altra ragione che quella di meglio spiegare che la prova della menzione delle formalità in contestazione deve risultare dalle espressioni usate dal notaio nello stendere l'atto testamentario, senz'uopo di ricorrere ad argomenti di presunzione». — A parer mio l'aggiunto espressa non è nè più nè meno che un pleonasmo; ripugna, ne convengo, l'ammettere parole

---

1) Sent. 9 Luglio 1872 (Ann. giur. it. VI, p. 2, pag. 323).
2) Sent. 1 Gennaio 1876 (Ann. giur. it. X p. 1, pag. 163).
3) Sent. 22 Luglio 1878 (Monitore dei Trib. Anno 1878 pag. 767).

oziose nella legge, ma si pensi che non è questo il primo ed unico esempio che ce ne dia il Codice, e c'è da scommettere novantanove su cento che i compilatori di esso, interpellati sul perchè abbiano adottata la espressione in discorso, altro non saprebbero risponderci se non di averla trovata tal e quale nel modello francese.

Chè se pure si volesse dare alla parola espressa una spiegazione migliore e più verisimile di quella della Corte di Macerata, illetterale ed infondatamente troppo severa, e di quella, in ultima analisi inconcludente, delle altre due Corti, parmi che potrebbesi affermare intendersi per essa che il notaio non debba limitarsi al semplice generico accenno che «*furono adempiute le solennità di legge*», ma si abbia da *specificare*, sia pure con indicazione complessiva, *quali* formalità sono state adempiute.

In quali termini si farà la menzione? È questo un argomento dove ci si affacciano disparate opinioni. Taluno vorrebbe vedere nelle parole della legge dei termini sacramentali, sì da doversi applicare, come dice Grenier, il principio dell'antico Diritto Romano, per cui «Qui cadit a syllaba cadit a toto», ma donde traggano argomento a così spinto rigore io non saprei davvero, chè nè la ragione il consiglia, nè lo impone la legge. Costoro del resto costituiscono un'irrilevante minoranza, da cui la giurisprudenza ormai concorde dissente. — Senonchè discrepanze assai marcate dividono eziandio quelli che adottano la opposta sentenza, circa la determinazione dei caratteri che deve unire la menzione perchè possa dirsi *equipollente* a quella dalla legge indicata. — Antesignani delle due teorie avversarie stanno il Merlin e il Toullier, per eccesso di rigore il primo, di mitezza l'altro ugualmente censurati da molti. Merlin [1]), seguito fra gli altri da Dalloz [2]) e Duranton [3]) sostiene che si ha equipollenza allora soltanto che dalla lettura della menzione è *impossibile* non risulti che la formalità fu adempiuta. Toullier,

---

[1]) Merlin. Rép. v. Testament. Sect. II. § 3 Art. 2, n. 5.

[2]) Dalloz. Rép. v. Disp. entre vifs et test. n. 2930.

[3]) Duranton X n. 85.

muovendo acerbi appunti alla Cassazione di Francia che avea mostrato di accogliere quella dottrina, appunti che Troplong [1]) egregiamente ribatte, giunge perfino ad affermare che, quando pure dalla lettura della menzione insorgesse dubbio sull'adempimento della formalità, simile dubbio dovrebbe risolversi pella validità del testamento per applicazione dell'Art. 1157 del Codice francese, corrispondente al nostro 1132. — Una dottrina intermedia è quella proposta dal nostro Mazzoni [2]) pella quale dovrebbe bastare che la menzione sia tale da indurre nell'animo del giudice la *certezza morale* che la formalità fu osservata.

È la teoria di Merlin quella che in massima accolgo, per quanto appaia severa. È necessario infatti che la menzione sia tale da costituire una prova *obbiettiva,* irrefragabile che il voto della legge fu adempiuto, non basta ch'essa produca una prova *subbiettiva,* il cui apprezzamento cioè può variare secondo le tendenze del giudice, secondo la sua maggiore o minor sottigliezza. È necessario, in altre parole, che il testamento sia tale, la menzione in esso siffattamente espressa, che, presentato quel testamento a più giudici, ciascuno dovrebbe dire che quella solennità risulta dalla menzione adempiuta; mentre, adottando con Mazzoni il principio della certezza morale, quel dubbio che non è sorto nell'animo di un giudice potrebbe benissimo e non senza fondamento presentarsi ad un altro: troppo adunque ci si abbandonerebbe in materia di tanta rilevanza agli apprezzamenti individuali. Certo che anche colla teoria di Merlin potrà accadere che l'uno reputi assolutamente *impossibile* di trarre dalla menzione significato diverso da quello, giusta il quale la formalità apparirebbe osservata, mentre altri più acuto può rinvenirla ambigua, donde col dubbio sull'osservanza la conseguenza della nullità, ma ciò dipenderà dalla inevitabile fallibilità di tutti gli umani giudizii, e ad ogni modo mi si conceda che il caso sarà ben più difficile a verificarsi perchè il giudice che

---

1) Troplong n. 1554 e segg.

2) Comm. Ill. Succ. n. 81.

esamina il valore dell'equipollente è avvertito già che deve trovare in esso la impossibilità assoluta ad esprimere altro senso, solo con ciò avendosi un'espressione che risponde «adæquate et identice» a quella della legge, è avvertito già che non basta che acquisti egli la persuasione, ma che dev'essere agli occhi di chiunque tolto di mezzo interamente il dubbio. Ed un buon criterio che veggo suggerito da molti in proposito è questo, che i termini della menzione si debbano avere per non equipollenti, quando offrirebbero al notaio una scappatoia, onde sottrarsi alla querela di falso.

Non so poi persuadermi, per dire due parole anche della teoria di Toullier, come un tanto giureconsulto possa con serietà sostenere l'applicabilità del principio stabilito pei contratti dal Codice francese nell'Art. 1157, nel 1132 dal nostro, al caso di una menzione dubbia. Si può mai pensare che vi sia analogia fra la clausola di un contratto, la cui esistenza o meno dipendeva unicamente dalla volontà delle parti, sicchè, una volta introdotta, deve presumersi certo l'abbiano fatto con uno scopo, donde in caso di ambiguità la preferenza al senso per cui la medesima può avere qualche effetto, e la menzione invece esistente nel testamento perchè la legge la *impone* quale formalità e quale prova?! Parmi che fra l'un caso e l'altro stia di mezzo addirittura un abisso. Se la clausola di un atto ammette interpretazione, le forme e l'interpretazione invece, come scrive il Pescatore [1]), son cose affatto diverse e indipendenti, la forma costituendo l'essenza *obbiettiva* dell'atto, l'interpretazione risiedendo invece nell'intelligenza del *soggetto,* nella libertà del suo giudizio, nell'estimazione del giudice non costretta da rigide e solenni forme di legge, ma solo guidata dalla logica generale e dalla logica del Diritto. Quindi, mentre nel dubbio se una formalità testamentaria sia o no voluta dalla legge devesi rispondere pella validità del testamento [2]),

---

[1]) Pescatore. La logica del Diritto. Vol. I. Parte II, pag. 436 e seg. (Torino 1863).

[2]) C. App. di Perugia Sent. 27 Marzo 1871 (Ann. giur. it. V. p. 2. pag. 186).

il dubbio invece sull'esecuzione di una formalità espressamente indicata deve condurre alla conclusione opposta.

In applicazione degli esposti principii, riterrei, poniamo, non equipollente alla menzione della lettura, quale la richiede la legge, la espressione «Letto al testatore e ai testimonii», restando il dubbio sull'unicità della lettura stessa alla simultanea presenza di quello e di questi, e gli esempii si potrebbero moltiplicare con facilità, chè la giurisprudenza è malauguratamente assai ricca in materia di testamenti annullati per inesatte menzioni, laonde non sarà consigliato mai abbastanza ai signori notai di attenersi alle parole, tuttochè non sacramentali, usate dal legislatore.

Il giudizio sugli equipollenti è giudizio di diritto, e quindi censurabile in cassazione [1]). Inclinerei poi a ritenere con Demolombe [2]) contro Troplong [3]), nullo il testamento, dove le menzioni non fossero enunciate dal notaio, ma messe in bocca al testatore, giusta il criterio che il notaio avrebbe forse con ciò il modo di sfuggire all'azione penale in caso di falso, nulla avendo egli per sè stesso asserito. Del resto su questo punto la giurisprudenza francese è divisa.

C.) Lettura e posto delle menzioni: È certo che anche delle menzioni deve il notaio dare lettura, perchè, essendo parti essenziali del testamento, non si può dire che questo fu letto, come vuole la legge (Art. 778), se quelle siano state pretermesse.

Il posto *naturale* delle menzioni è fra le disposizioni e le firme; è desso altresì *necessario?* Che le menzioni debbano precedere le firme è cosa da non porsi in dubbio: del resto credo sia *indifferente* si trovino in una piuttosto che in altra parte dell'atto. Infatti è bensì vero che la legge ne parla *dopo* le formalità della dichiarazione, scrittura e lettura, ma non dice che debbano anche porsi *dopo*. — Ma, si obbietterà, come farsi menzione di formalità non ancora

---

1) C. Cass. di Torino Sent. 5. Nov. 1875. (Giorn. dei Notai, I, pag. 103).

2) Demolombe. Des-testamens. IV.

3) n. 1565.

adempiute? Come mai, per esempio, ritener valido un testamento, dove la formalità della lettura si accenni come osservata appena al principio dell'atto? Rispondo che ciò includerà bensì un'incoerenza, ma non una illegalità, cioè si avrà una locuzione scorretta, ma non nulla, perchè già il notaio, il testatore e i testimonii, apponendo in fine la loro firma, attestano la verità dei fatti, dovechessia menzionati. Inoltre io farei questo ragionamento: Ammettendo non si possa assolutamente far menzione se non delle formalità già adempiute, si cadrebbe a rigore in un circolo vizioso. Infatti, dovendosi, come testè si disse, dare lettura anche della menzione, ne viene che la menzione della lettura dell'atto, collocata sia pure dopo le disposizioni, accenna ad un fatto in parte ancora non avvenuto includendosi nella dichiarata lettura del testamento anche la lettura della menzione stessa, che ne è parte, e quindi occorrerebbe poi una seconda menzione che attestasse essersi letta la precedente, cioè essersi letta una parte dell'atto, e questa, essendo alla sua volta una menzione dell'adempimento della formalità della lettura in relazione ad una parte dell'atto (la menzione precedente) dovrebbe essa medesima esser letta, e così il ragionamento potrebbesi ripetere all'infinito.

Avverto finalmente che nulla osta a che le menzioni della dichiarazione, della riduzione in iscritto e della lettura si trovino nell'atto disgiunte.

§ 5.

Della sottoscrizione del testatore, dei testimonii e del notaio.

Sommario. Carattere proprio di questa formalità. — Persone che di necessità sottoscrivono. Confronto con altre legislazioni - critica del sistema del nostro Codice richiedente la firma di tutti i testimonii, e dello scopo per cui fu conseguentemente ammesso il testamento pubblico ricevibile da due notai presenti due testimonii. — Come debbano farsi le sottoscrizioni. Loro posto nel testamento e confronto col posto della sottoscrizione del testatore nell'olografo. — Menzione che il testatore non sa o non può sottoscrivere. Suo carattere. Confronto col Codice francese. Modo di indicare la causa, vario secondochè trattasi di ignoranza o di impotenza. Inesattezza di linguaggio del nostro Codice in argomento. Equipollenti di questa menzione. Se la dichiarazione di non saper scrivere equivalga a quella di non saper sottoscrivere. — Caso di falsa dichiarazione del testatore. — Se debba darsi lettura di questa menzione. Dove debba collocarsi.

Mentre le formalità, di cui si è precedentemente discorso, si figliano, per così dire, e si concatenano a vicenda, perchè non vi può essere riduzione in iscritto se prima non avvenne la dichiarazione orale, nè lettura senza riduzione in iscritto, nè menzione senza l'adempimento di cosifatte solennità, la sottoscrizione ci si presenta come formalità che sta da sè, indipendentemente da tutte le altre, e che viene per ultima a chiudere definitivamente l'atto. Noto fin d'ora che a differenza di ciò che vale in Francia pella Legge di ventoso, da noi nè il Codice, nè la Legge notarile esigono la menzione della sottoscrizione, che infatti sarebbe una superfluità. — Anche l'inosservanza di questa formalità annulla il testamento (C. C. Art. 804).

Le persone che sottoscrivono sono tutte quelle che intervengono all'atto, quindi col testatore anche i testimonii e il notaio. Senonchè, mentre il testamento non terrebbe, se mancasse la firma del notaio od anche di uno solo dei testimonii, può invece mancare quella del testatore, però allora soltanto ch'egli non sappia o non possa sottoscrivere, nel qual caso deve dichiarare la causa che glielo impedisce e il notaio far menzione di questa dichiarazione (Art. 779 e 780).

Secondo la legislazione austriaca il testimonio di un testamento scritto non olografo doveva firmarsi indicando la sua veste di testimonio dell'ultima volontà, pena nullità del testamento (Cod. Austr. §§. 579 e 601), il che invece non è richiesto da noi.

Nelle campagne il Codice francese ammette sufficiente la sottoscrizione di uno solo dei due o di due soli dei quattro testimonii, e ciò era sancito ugualmente dai Codici napoletano, parmense ed estense. (Il parmense anzi, togliendo luogo a questioni che sorgeano invece in Francia pella determinazione dei siti da riguardarsi come campagna, qualificava tale qualunque villa o paese anche murato, la cui popolazione non eccedesse il numero di mille abitanti.). E questa facilitazione pei testamenti fatti nelle campagne ha la sua radice in Diritto Romano [1]). Il Codice Albertino [2]), senza distinguere fra città e campagna, ammetteva che in ogni testamento pubblico bastasse la sottoscrizione di due fra i quattro testimonii e il crocesegno degli altri.

Ora per qual ragione il Codice italiano esige *sempre* la firma di *tutti* i testimonii? Perchè, risponde la Relazione Pisanelli [3]), «scema la garanzia della loro attestazione, ammettendo gli illetterati; la testimonianza infatti di costoro viene spogliata delle più palpabili prove, quella della sottoscrizione». Ma io riterrei, concordemente a quanto dimostrava il Senatore Arnulfo nella Tornata del 25 Marzo 1865,

---

1) «In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines litterati, per præsentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere: ita tamen ut ubi scientes litteras inventi fuerint septem testes quos ad testimonium invocari necesse est, adhibeantur, ut unusquisque pro sua persona subscribat. Ubi autem non inveniantur litterati septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque adquinque modis omnibus testes adhiberi iubemus: minus autem nullo modo concedimus. — Si vero unus aut duo vel plures fuerit litteratus, liceat ei pro ignorantibus litteras, præsentibus tamen, subscriptionem suam interponere». l. 31 Codice de testam. et quem. test. ord. 6. 23.

2) Art. 749.

3) Relaz. Pisanelli Pag. 17.

non approvabile questa innovazione a quanto era portato da tutti i Codici d'Italia e dal francese, dal momento che la esperienza avea dimostrato il niun inconveniente prodotto dall'opposto più benigno sistema. Senonchè a differenza dell'Arnulfo, che optava pella disposizione del Codice Albertino, avrei data la preferenza a quella del Parmense, essendo infatti nelle campagne che si verifica la difficoltà di rinvenire un certo numero di persone capaci di scrivere. Al quale ostacolo mal rimedia, a mio avviso, la possibilità di far testamento presenti solo due testimonii purchè con due notai, sia perchè nei piccoli centri, ove difficilmente si trovano quattro non analfabeti, a più forte ragione ci sarà difficoltà di avere due notai, sia perchè o questo secondo notaio interviene, come a me pare certo, nella sua qualità di pubblico ufficiale, ed allora mal supplisce i testimonii mancanti perchè sarebbe testimonio in causa propria, o si vuole ch'egli sia là non altro che a rappresentare gli anzidetti due testimonii, ed allora non dovrà ammettersi per lui responsabilità di sorta come notaio, ciò che è contrario e alla dottrina e alla giurisprudenza, e alla stessa legge, la quale, dicendo all'Art. 777 che «Il testamento pubblico è *ricevuto*...... da due notai in presenza di due testimonii», mostra che anche il secondo notaio funge nell'atto nella sua qualità di ufficiale pubblico, dacchè certamente non può parlarsi di ricezione di testamento in confronto ai testimonii.

Si è già detto altrove (V. Introduzione) che le questioni possibili circa le sottoscrizioni risguardano o la verità o la determinatezza ed intelligibilità o la ubicazione loro.

Quanto alla verità è chiaro che chi la contesta deve ricorrere all'iscrizione in falso, di cui parlerò più tardi. L'inintelligibilità e l'indeterminatezza annullano certo il testamento senza che occorra di iscriversi in falso. — Ma quando si dirà determinata la firma, nel senso ch'essa sia tale da identificare la persona? Non occorre a tal uopo l'intero nome e cognome, ma basta anche qualunque indicazione o segno col quale l'individuo era solito a firmare i suoi atti. Simile questione sorse specialmente rispetto al testamento olografo, al quale proposito è famosa in Francia

la decisione sul testamento del vescovo Massillon, firmato «† J. B. (Jean Baptiste) évêque de Clermont», di cui fu riconosciuta la validità, risultando che in simil guisa egli soleva firmarsi. E adottato questo criterio, opinerei col Merlin [1]) che lo si debba condurre fino alle ultime conseguenze, si da pronunciare pella validità della sottoscrizione a semplici iniziali se l'individuo abbia sempre firmato in quella guisa [2]). — Gli errori ortografici, cioè l'aggiunta od ommissione di lettere, non pregiudicano punto, salvochè siano tali da sformare il nome in guisa che rimanga dubbia l'identità della persona.

Finalmente, dal principio che il testamento non è valido se non ne siano compiute per intiero le formalità in vita del de cuius, discende che lo si riterrà imperfetto qualora il testatore sia morto dopo di aver apposta egli la sua firma, ma prima della sottoscrizione dei testimonii o del notaio, e tanto più s'egli non abbia potuto completare la sua firma per sopraggiunta morte.

Veniamo per ultimo al *posto* delle sottoscrizioni nell'atto. Il Ricci [3]) dice che, non stabilendo la legge in alcun modo il posto che dev'essere riservato alla firma del disponente, dal trovarsi la medesima in un luogo anzichè in altro del testamento non può punto dedursi una ragione di nullità. Ma ciò è erroneo, perchè la legge usa non la parola *firmare* ma la parola *sottoscrivere*, la quale include l'idea del posto, dove si ha da apporre la firma. Ed è invero conforme a ragione che questa, ch'è l'ultima operazione dell'atto, debba trovarsi appiedi della scrittura, anzi [illegible] dopo la data. A chi poi obbiettasse, per dimostrare che la parola sottoscrizione nell'uso comune altro non significa che firma, nè per sè stessa quindi importi necessità di collocazione alla fine degli atti, a chi obbiettasse, dico, che la legge, quando la volle posta appunto alla fine delle disposizioni, espressamente, come nell'Art. 775, lo aggiunse, rispondo che dai processi verbali

---

1) Merlin. Rép. v. signature § 1. n. 8.
2) Contra Grenier II, 242.
3) III, pag. 231. n. 175.

della Commissione legislativa si rileva che quella specificazione fu data pel testamento olografo non perchè ce ne fosse necessità, dacchè, sono parole del Pisanelli, « a rigore di termini basta parlare di sottoscrizione per indicare che la firma del testatore debba apporsi in fine della disposizione », ma bensì per ragioni di convenienza, allo scopo forse di fornire maggiori lumi ed una guida più sicura ai meno esperti, che soli, come porta la natura dell' olografo, si accingono a testare in siffatta forma. — Questa specificazione invece sarebbe stata superflua, trattandosi di atto, ove il notaio interviene.

Menzione necessaria quando il testatore non sa o non può sottoscrivere: Dissi già che, se il testatore non sa o non può sottoscrivere, deve dichiarare la causa che glielo impedisce e il notaio deve fare menzione di questa dichiarazione (Art. 779). — Questa menzione, prescritta ugualmente rispetto alle parti nei contratti (L. not. Art. 43 n. 10), vedesi essere molto più rigorosa che non quella indicata p. es., quanto agli atti processuali dall' Art. 49 del Codice di procedura civile, che si limita semplicemente a dire: « Quando la legge imponga l'obbligo della sottoscrizione a un atto, se chi deve sottoscrivere non possa o non voglia, ne è fatta menzione ». — Conviene tener fermo che la menzione in discorso altro non è in sostanza che un equivalente della firma, ed è inoltre l'unico ammissibile, sicchè non basterebbe a tenerne luogo il crocesegno apposto dal testatore, perchè questo è un *fatto*, non una *dichiarazione* quale la legge esige [1]), nemmeno se il notaio enunciasse che il testatore si è crocesegnato, perchè notoriamente illetterato [2]). — La detta dichiarazione è equipollente *necessario*, ma altresì *sufficiente:* il C. Albertino in vece oltre alla menzione inopportunamente stabiliva [3]) che il testatore dovesse sottosegnare, se poteva.

---

1) V. C. d'App. di Genova Sent. 24 Maggio 1875 (Giorn. dei Notai, I. pag. 62).

2) V. Cass. di Torino Sent. 30 Marzo 1875 (La Giurisprud. XII, 333.)

3) Art. 748.

In virtù dell'Art. 779 è il disponente che deve dichiarare la causa, e il notaio non fa che trascrivere questa sua dichiarazione, il che è giusto, perchè non deve il notaio farsi egli giudice dello stato del testatore. Sarebbe quindi nullo il testamento dove il notaio dicesse «Il testatore non sottoscrive pella tale ragione»; dovrà dire «Il testatore dichiarò di non sottoscrivere per ecc.». Reputo invece non necessario ch'egli menzioni anche, pena nullità, di avere *interrogato* il testatore sul perchè non firmasse. — Il corrispondente Art. 973 del Codice francesce porta «Se il testatore dichiara che non sa o non può firmare, sarà nell'atto fatta espressa menzione della sua dichiarazione, nonchè della causa che gli impedisce di firmare», locuzione pell'effetto della validità della menzione molto più che non sembri diversa dalla nostra, ragionevolmente osservando il Marcadè [1]) che per il detto Articolo di quel Codice la menzione della dichiarazione essendo richiesta pel fatto dell'impedimento e non per la causa di esso, quando il testatore non *può* firmare, può il notaio indicare la causa che glielo impedisce, senza esprimere formalmente che la causa stessa gli fu dichiarata dal testatore.

Tornando al Codice nostro, è naturale che, se il testatore non *sa* sottoscrivere, basta ch'egli dica (e analogamente menzioni il notaio) «Non sottoscrivo perchè non so»; se invece non *può*, non è sufficiente la dichiarazione «perchè non posso» ma occorre sia qui espressa, per così dire, anche la causa della causa, cioè l'impedimento. Infatti quanto al non sapere il motivo è unico, cioè l'essere illetterato, e quindi compreso nella analoga dichiarazione: l'impotenza invece, per servirmi delle parole della Cassazione di Torino [2]), può muovere da varie e diverse cagioni, ch'ella per sè stessa non induce e non manifesta in modo alcuno, sicchè importava che ne fosse esposta la esplicita manifestazione, sia a fine di viemmeglio constatare che se il testatore non firmò

---

[1]) Marcadè III. n. 32.

[2]) Cass. di Torino Sent. 12 Luglio 1876 (Ann. giur. it. X. p. I. pag. 375).

ciò avvenne per un ostacolo indipendente dalla sua volontà, sia ancora onde resti possibile agli interessati di assicurarsi, ove vi sia luogo, della verità della causa dichiarata.

Mi permetto tuttavia di osservare, tacciatemi pure di pedante sottigliezza, che, se tuttociò è logico e conforme altresì all'intendimento del legislatore, questi però non ha saputo indicarlo con una corrispondente proprietà di linguaggio. È inconveniente infatti l'aver unito in un sol corpo le due ipotesi del non sapere e del non poter firmare; chè quando l'Articolo poi soggiunge «deve dichiarare la causa che *glielo* impedisce», si presenta questo dilemma: o s'ha a intendere la causa che gli impedisce di firmare o la causa che gl'impedisce di sapere o poter firmare. Se semplicemente la causa che gli impedisce di firmare, basterà dichiari «Perchè non posso o perchè non so»; interpretando nel secondo modo invece bisognerebbe dichiarasse «non so firmare *perchè* illetterato o non posso *pel* tale impedimento»: la prima delle quali interpretazioni sarebbe, per quanto sopra si disse, manchevole nel caso di impotenza, la seconda senza ragione troppo esigente nel caso di ignoranza. Quella locuzione dunque è, ben guardando, inesatta.

Alla menzione, di cui ci stiamo occupando, sono estendibili le norme sull'equipollenza esposte nel precedente paragrafo: anch'essa è destinata ad attestare un fatto, bensì negativo (impotenza o ignoranza) anzichè positivo (adempimento di certe formalità), nè per simile attestazione impone la legge parole sacramentali. — A questo proposito si fa specialmente questione se la dichiarazione fatta dal testatore di non saper scrivere equivalga a quella di non saper sottoscrivere, dove il dubbio nasce pella circostanza che, come dice Toullier, «tel sait signer qui ne sait pas ecrire». E qui mi unisco al Toullier stesso che riferisce [1]) accompagnandola da note di biasimo una decisione della Corte di Douai (9 Novembre 1808), la quale per questo motivo aveva annullato un testamento, e loda invece una Sentenza della Corte di Liège (24 Nov. 1806) ed una della Corte di Bru-

---

[1]) III, n. 438.

xelles (15 Marzo 1810), che tennero l'opposto parere in base al giusto riflesso essere la menzione di non saper scrivere naturalmente correlativa alla domanda di firmare che il notaio avea fatto al testatore. — Solo se poi risulti che il defunto invece sapeva firmare, benchè non sapesse scrivere, il testamento andrebbe annullato, ma ciò dipenderebbe allora dal principio generale dell' invalidità dell' atto, quando la dichiarazione sia falsa, come se il testatore avesse detto di non poter scrivere causa una paralisi, e fosse provato invece ch' egli era sanissimo quando disponeva.

In simili casi, ripeto, è regola generale che il testamento debba cadere, essendovi ragione a presumere che l' individuo abbia testato contro volontà o che non siasi inteso di testare, dacchè non ha impresso all' atto quel suggello di verità e libertà che pur doveva potendolo. — Dicasi il contrario se il testatore ha infatti perduta l' abitudine di firmare [1]. — Chè se il testatore abbia dinotata una causa di impedimento diversa dalla reale (non sapeva scrivere, disse invece, a mo' d' esempio, per non far pubblica in un atto così solenne la sua ignoranza, che non sottoscriveva causa una contrazione nervosa alla mano), riterrei col Borsari [2] valido il testamento, perchè la menzione della causa si vuole principalmente allo scopo che il testatore sapendo scrivere non mentisca una causa di impotenza, e non altro.

Se delle menzioni, di cui nel paragrafo precedente, sostenni doversi dare *lettura*, non parmi ciò debba asserirsi quanto alla menzione della causa per cui il testatore dichiarò di non sottoscrivere, per ciò che dissi doversi questa menzione risguardare non altro che come equivalente della firma: allora cioè tanto sarebbe richiedere, pena nullità, la lettura delle firme [3].

Finalmente riguardo al *posto* di così fatta menzione,

---

1) Grenier II. 243 bis.

2) Borsari Comm. III. pag. 329.

3) In questo senso cons. cit. Sent. 27 Marzo 1871 della Corte di Perugia (Ann. giur. it. V. p. 2, pag. 186) e Sent. 19 Aprile 1876 della Cass. di Roma (Giorn. de' Notai, I. pag. 417). V. contra Troplong n. 1591.

mi pare che il principio essere la medesima il perfetto equivalente della firma non debba spingersi fino a ritenerla invalida, se non apposta, come dovrebbe apporsi la firma, appiedi dell' atto; torna indifferente la sua collocazione in una piuttostochè in altra parte, perchè in realtà la menzione non è cosa che stia da sè, ma si collega colla effettiva mancanza della sottoscrizione: sono due fatti che si completano a vicenda, e il non trovarsi appunto firma alla fine dell'atto fa sì che si debba considerare come collocata in ultimo la menzione che ne è l' equipollente, convalidandone col fatto l' asserto. — Aggiungasi che nè il Codice nè la Legge notarile richiedono questa collocazione in fine, ciò ch' era invece espressamente voluto, pena nullità (Art. 52) dall'Art. 41 del Regolamento notarile 17 Giugno 1806 pel Lombardo-Veneto, che fu in vigore in queste provincie fino alla pubblicazione dell' attual Legge.

§ 6.

Specialità del testamento del sordo.

Sommario. Disposto dell' Art. 787, ed interpretazione delle parole «oltre la osservanza delle *altre* formalità». Il testatore deve essere interamente sordo: osservazioni in proposito. Se debba menzionarsi la causa per cui il testamento fu letto dal testatore.

L'Art. 787 dispone «Chi è privo intieramente dell' udito, volendo fare testamento pubblico, oltre la osservanza delle altre formalità richieste deve leggere egli stesso l' atto testamentario, di che sarà fatta menzione nell' atto medesimo. — Ove il testatore sia incapace anche di leggere, devono intervenire cinque testimonii. — Se il testamento è ricevuto da due notai, bastano tre testimonii».

Dicendosi nella prima parte che, *oltre* la osservanza delle *altre* formalità deve aver luogo la lettura per opera del sordo, il Ricci si domanda [1]) se questa lettura dispensi

---

1) Op. cit. III. pag. 239, n. 185.

da quella del notaio, o se debbano farsi amendue. Io trovo che una simile questione non può ragionevolmente sollevarsi, e che basta la lettura per opera del testatore sordo, destinata appunto a surrogare quella del notaio. Infatti la legge dice «Oltre le *altre* formalità» : ora una delle formalità del testamento pubblico è non la semplice lettura presenti i testimonii, ma la lettura stessa dal notaio fatta *al testatore*, formalità che pel supposto della sordità di quest' ultimo è impossibile; anzi appunto perchè è tale si vuole venga fatta la lettura dal testatore stesso. Insomma è ozioso, è assurdo il ricercare se la legge richiegga nel caso concreto una formalità, dal momento che ne è impossibile l'effettuazione. Il Ricci del resto, posto il problema, a mio avviso, ripeto, infondato, lo risolve nello stesso senso, però muovendo da un riflesso d'ordine diverso, che già altrove (V. § 3) dimostrai erroneo. Egli infatti ammette per principio che in qualsiasi testamento per atto pubblico si possa fare a meno della lettura del notaio, surrogandovi la lettura fatta intelligibilmente presenti sempre i testimonii dal testatore, ciò ch'è in aperta contraddizione coll'espresso disposto, pena nullità (Art. 804), del capoverso dell'Art. 778.

La legge ammette questa deviazione dalla regola generale solo nel caso che trattisi di un testatore *intieramente* privo dell' udito, e quindi, dato che egli fosse soltanto un po' sordo, la eccezione dell'Art. 787 non dovrebbe applicarsi. Senonchè la sordità ammette appunto più gradi, il che evidentemente può essere causa di imbarazzo pel notaio rogante, il quale potrebbe esporre del pari a nullità il testamento, sia che lo leggesse egli, sia che ne incaricasse il testatore. Ora in caso di un simile dubbio, se il disponente debba o meno risguardarsi come sordo nel grado dalla legge indicato, suggerirei in base al principio «Abundans cautela non nocet» che si desse dell'atto una doppia lettura sempre presenti i testimonii, una per opera del notaio ed una per opera del testatore.

Sorge questione se debba, giusta l'Art. 787, menzionarsi che la lettura fu fatta dal testatore anzichè dal notaio

«*per essere quello privo dell'udito*». Pacifici Mazzoni [1]) sostiene che questa menzione della causa non occorre: 1) perchè l'Art. 787 dice solo «*di che* sarà fatta espressa menzione» senza richiedere espressamente la menzione della causa, mentre il Codice dove volle la menzione della causa la richiese formalmente, come agli Art. 779, 789, 794; 2) perchè la menzione della causa sarebbe superflua: non potendo essere che una sola, la sordità, essa è implicitamente e necessariamente indicata nel fatto stesso della sostituzione del testatore al notaio come lettore. — Questo secondo argomento è, a parer mio, sbagliato e arriverei anche a dire un pochino ingenuo. Infatti esso poggia sulla presunzione che la legge venga sempre osservata, che quanto essa prescrive *unicamente* per un dato caso, mai non si applichi in fatto, con violazione del legale precetto, anche a casi diversi. Ottima presunzione invero, ma troppo discosta dalla realtà delle umane cose! Non potrebbe la lettura, per errore certo imperdonabile del notaio, venire da esso affidata al testatore, anzichè compierla egli stesso, quantunque il testatore non fosse sordo? Ecco adunque come per questo lato che consti della sordità, quale causa della lettura fatta dal testatore anzichè dal notaio, ben lungi dall'essere superfluo, apparisce razionalmente necessario per accertare che siamo nel caso *unico* per cui la legge ammette l'eccezione dell'Articolo 787. Se infatti fosse stato letto il testamento dal disponente, mentre egli non era sordo, il testamento sarebbe nullo: interessa quindi sia constatata la causa della sordità. E visto che quanto si rapporta al testamento ed occorre venga constatato non può per regola risultare e venir constatato che dall'atto medesimo (donde lo scopo in genere delle menzioni), così io credo che anche la menzione della sordità sia necessaria e che per di più (ecco come cade, ciò posto, anche il primo argomento del Mazzoni) questa necessità sia bastantemente indicata colle parole «*di che* sarà fatta espressa menzione» dal momento che sarebbe inconcludente, nulla provante la menzione del solo fatto che la lettura la fece il testatore, lasciando

---

[1]) Comm. Succ. III. n. 33.

anzi questa il dubbio se così si procedette con ragione di così procedere, nè può supporsi pertanto che di cosa inconcludente la legge esiga menzione.

Del testamento del sordo che non sa leggere non mi occupo, avendone già parlato al § 1 del primo Capitolo.

SEZIONE SECONDA

Norme tratte dalla Legge sul Notariato.

Non è mia intenzione discorrere di tutti i requisiti proprii del testamento come atto pubblico giusta la Legge notarile, rimettendomi per la maggior parte di essi alla lettura dei corrispondenti Articoli della Legge stessa, dalla quale rileveremo, p. es., essere causa di nullità la mancanza di sottoscrizione in margine di *ciascun* foglio (quindi anche l'ultimo) del notaio e dei testimonii (Art. 43 n. 11 comb. coll'Art. 49, n. 4) analogamente a ciò ch'era fissato dal Codice Napoletano [1]). Il Parmense [2]) e l'Estense [3]) voleano la sottoscrizione del testatore a piè dello scritto di ogni pagina. Mi piace notare fra gli altri il disposto dell'ultimo al. dell'Art. 24, ov'è detto che « il notaio può ricusare il suo ministero se le parti non gli anticipano l'importare delle tasse, degli onorarii e delle spese dell'atto, *salvochè* si tratti di *testamenti* », poichè questo è « contro a quell'error che crede » che la legge dettando le regole sulle forme del testamento abbia avuto in mira di difficultarne l'esecuzione, mostrandoci al contrario i riguardi speciali avuti per questo atto, vistane l'importanza e molto spesso l'urgenza.

Ma ciò su cui reputo conveniente soffermarmi alcun poco è la data e la lingua di cui deve farsi uso nella redazione del testamento per atto pubblico.

---

1) Art. 899.
2) Art. 730.
3) Art. 701.

§ 1.

Della data.

Sommario. Silenzio del Cod. Civ. sulla data, e conseguenza che se ne può dedurre. Ufficio di questa formalità. Modo di adempierla. In particolare dell'indicazione dell'ora. Se l'indicazione del giorno ammetta equipollenti. Errore di data. Indicazione del luogo.

Il silenzio del Codice sulla data nel testamento pubblico, mentre espressamente ne parla quanto all'olografo, sarebbe già la prova più palmare ch'esso non intese menomamente di regolare da solo quanto concerne simile atto, e che, lungi dal derogare, non fa che aggiungere alla Legge stessa.

Lo scopo di questa formalità fu già indicato altrove [1]; qui non resta che dire del modo onde adempierla.

L'Art. 43 al n. 1 prescrive che gli atti di ultima volontà debbano contenere la indicazione dell'anno, del mese, del giorno e dell'*ora* in cui gli atti stessi sono stati ricevuti: poi all'Art. 49 pronuncia nullità *se manca la data*, e questo modo di enunciazione, differenziando da quello onde la nullità è comminata nello stesso Articolo per altre contravvenzioni in ciò, che non è fatto cenno dell'Art. 43, dà ragione a ritenere, così giustamente il Michelozzi [2]), che veramente l'atto non sia nullo se non tutte contenga le indicazioni volute pella determinazione della data dall'Art. 43, ma che si possa lasciar fuori, senza incorrere nella pena di nullità, l'indicazione dell'ora, visto che per data si intende comunemente l'indicazione del giorno, mese, ed anno soltanto (lo prova, non foss'altro, il capov. dell'Art. 775 del Cod. relativo all'olografo). — Ma pur ammettendo questo in linea di positivo diritto, osservo che la considerazione giu-

---

[1]) Nel D. Antegiustinianeo essa aveva importanza anche rispetto alla prescrizione, perchè pella l. 6 Cod. theodos. de test. un testamento reputavasi rivocato dopo 10 anni dalla sua data. Ciò tolse Giustiniano, perchè, egli dice, « Quod non mutatur quare stare prohibetur? Quemadmodum enim qui testamentum fecit et nihil voluit contrarium intestatus efficitur? » l. 27 Cod. de test. 6. 23.

[2]) Op. cit. pag. 177.

stissima per cui nei testamenti si volle l'indicazione anche dell'ora, che è di poterne stabilire con maggior precisione l'ordine cronologico, avrebbe dovuto far prescrivere la nullità, com'era giusta il Regolamento 17 Giugno 1806 pel Lombarbo-Veneto (Art. 43) anche pella mancanza di cosifatta indicazione. — È chiaro infatti quale incertezza sulla priorità nascerebbe da noi nel caso, se non molto probabile certo possibile, di due testamenti per atto pubblico rogati nel medesimo giorno quando uno solo di essi enunciasse l'ora, a più forte ragione poi quando la tacessero entrambi.

Riterrei certo valida la data quand'anche il giorno non fosse designato secondo la numerazione mensile del Calendario comune, ma per via di *equipollenti* indubbii.

L'*errore di data* non sempre annulla il testamento pubblico, ma, come pell'olografo, basta pella validità che questo errore possa essere riparato e rettificato colle stesse enunciazioni del testamento e coi fatti che a questo si collegano. — Così egregiamente il Troplong [1]). Il testamento di Tizio, p. es., porta la data «Maggio 1879» per mancanza del giorno imperfetta. Ma nel corpo del testamento si legge fra le altre questa disposizione «Lascio il fondo *A oggi* da me acquistato a S.», e risulta eziandio che quel testamento fu fatto *uno contextu*. Quella disposizione varrà a riparare al difetto della data, perchè questa è messa fuori di dubbio, sapendosi il giorno in cui Tizio ha fatto l'acquisto di quel fondo.

Osservo finalmente che anche l'indicazione del *luogo* (non della casa), in cui è ricevuto il testamento, indifferente nell'olografo, richiedesi invece per il testamento pubblico, pena nullità (Art. 49 n. 5), senza di essa non potendosi altrimenti conoscere se il notaio agì nell'ambito territoriale di sua competenza, condizione indispensabile all'efficacia di qualsiasi atto pubblico.

---

1) Troplong, n. 1573.

§ 2.

Della lingua da usare nella confezione del testamento.

Sommario. Come la questione interessi pel testamento pubblico e non pell'olografo. Varii casi riducibili a due categorie. Disposizioni della Legge notarile.

Interessa moltissimo il sapere in quale lingua debbano compiersi le tre operazioni della dichiarazione di volontà, della riduzione in iscritto e della lettura. Nel testamento olografo, dov'è il solo disponente che agisce, non c'è luogo a questione: vale cioè in qualunque idioma esteso. Quanto al testamento per atto pubblico possono darsi più casi, però riducibili, mi sembra, ai due seguenti: I.) Che il testamento sia dettato, scritto e letto nella medesima lingua; II.) Che sia dettato in una lingua, scritto in una lingua diversa e letto nell'una o nell'altra.

Il primo caso può dar luogo a due ipotesi: 1.) che l'unica lingua sia la nazionale, ed allora evidentemente la cosa è piana. — 2.) che l'unica lingua sia straniera. Ciò suppone necessariamente che il notaio la conosca, ma è altresì necessario, giusta il capov. dell'Art. 45 che la conoscano *tutti* i testimonii, ciò che è pienamente conforme all'ufficio loro nell'atto. La facoltà di far testamento in lingua straniera fu riconosciuta primamente nel Diritto Giustinianeo colla l. 21 § 4, Cod. de test. 6, 23, che dichiarò valido il testamento in greco. — Il citato Art. 45 della Legge notarile, dopo aver dichiarato appunto che l'atto può essere rogato in lingua straniera, semprechè questa sia conosciuta dai testimonii e dal notaio, soggiunge « In tal caso deve porsi di fronte all'*originale* la traduzione in lingua italiana e l'uno e l'altro saranno sottoscritti ». Dunque è la parte scritta in lingua straniera che costituisce l'originale, epperò quella soltanto farà fede e dovrà rivestirsi di tutte le formalità come già avea ritenuto la Giurisprudenza francese. Questo fatto stesso esclude eziandio la necessità, oltre a tutto

non accennata dalla legge, che i testimonii intendano al pari del notaio oltre la lingua straniera anche la nostra [1]).

II. Il secondo caso che si verifica quando il testamento è dettato in lingua straniera, ma scritto in italiano, fa luogo alle seguenti due ipotesi importanti quanto alla lingua in cui dee farsi la lettura: 1.) che il testatore lo abbia dettato in lingua straniera pur non ignorando la nazionale (ciò, poniamo, per maggiore sua comodità). — 2.) che lo abbia fatto per ignoranza del nostro idioma. — È naturale che solo in questa seconda ipotesi, e non anche nella prima, occorrerà che nella medesima lingua si faccia eziandio la lettura. Ma da che può dipendere questo fatto della dichiarazione in lingua straniera e della scrittura nell'idioma nostro? Può dipendere da due cause, cioè o dall'ignoranza di quella lingua straniera per parte del notaio o dall'ignoranza stessa per parte di uno per lo meno fra i testimonii. L'Art. 46 veramente non contempla se non il caso che la lingua straniera non sia conosciuta dal notaio, ma il precedente Art. 45 e più ancora lo scopo da attribuirsi in genere alla presenza dei testimonii mi pare autorizzino a comprendervi anche il secondo caso, in cui, ripeto, detta lingua la comprende bensì il notaio, ma non alcuno fra i testimonii. Altrimenti, non essendo ammessa allora la scrittura in quella lingua, perchè a ciò il precedente Articolo ne richiede la conoscenza in *tutti* i testimonii, verrebbe reso impossibile il testamento di uno straniero in un luogo dove possa trovare bensì un notaio che comprenda il suo idioma, ma non quattro testimonii che lo conoscano, mentre lo potrebbe se nemmeno il notaio lo conoscesse, il che sarebbe assurdo, il meno anzi dovendo ritenersi compreso nel più. — Ora adunque in tale ipotesi, dall'Art. 46, estendibile in base al 51 ai testamenti, si deduce che l'atto potrà benissimo essere ricevuto, ma coll'intervento di un interprete scelto dal testatore. L'interprete deve avere i requisiti necessarii per essere testimonio, e non

---

[1]) Cons. in questo senso Marcadé III, n. 23. Contra Merlin v. testament § 17 Art. 2, 3, 4. — Toullier III. n. 383, Grenier n. 255, Duranton IX. n. 79.

può essere scelto fra i testimonii e i fidefacienti; deve prestare giuramento davanti il notaio di fedelmente adempiere il suo ufficio, e di ciò sarà fatta menzione nell'atto. Se il testatore non sa o non può sottoscrivere, due dei testimonii devono conoscere la lingua straniera: se sa e può sottoscrivere, basterà che uno solo dei testimonii, oltre l'interprete, la conosca. Di fronte all'originale italiano dovrà porsi anche la traduzione nella lingua straniera da farsi dall'interprete, e l'uno e l'altro saranno sottoscritti. L'interprete pure dovrà sottoscrivere alla fine e nel margine di ogni foglio tanto l'originale quanto la traduzione (Art. 46).

Discorse così le formalità del testamento pubblico e secondo il Codice civile e secondo la Legge sul Notariato, chiudo osservando che in nessuna parte si trova richiesta unità di contesto, cioè di azione e di tempo, mentr'essa occorre invece nel testamento mistico (Art. 783) conforme a quanto è disposto nel Codice francese (Art. 976). — Il Diritto Romano per converso voleva che anche il testamento nuncupativo si facesse «uno eodemque die ac tempore» [1]) Borsari però dice [2]) che non conviene abusare del silenzio della legge, che non si potrebbe l'atto trascinare per più giorni distraendo con ciò i testimonii dalle prime impressioni, e che per ciò in simil caso l'atto dovrebbe rinnovarsi per intero. Ma, pur riconoscendo gl'inconvenienti che deriverebbero da tale modo di procedere, io non dividerei cosiffatta opinione, e ciò pel noto principio che « Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus» e che non si possono ammettere nullità oltre quelle tassativamente comminate dal legislatore.

---

[1]) Cod. l. 8. Hac consultissima qui test. fac. poss. 6. 22, l. 21. § 3. h. t., e l. 28. de test. 6. 23.

[2]) Comm. III. pag. 322.

CAPITOLO III.

Della esecuzione del testamento pubblico.

Nulla di più semplice della esecuzione di un testamento pubblico. Mentre l'olografo e il segreto abbisognano all'uopo di solennità speciali, dal nostro Codice indicate alla Sezione 8.ª Capo II. del Libro III, il pubblico invece, appunto perchè atto autentico, ha, come suol dirsi, la esecuzione parata. Prodotto l'estratto dell'atto di morte del testatore rilasciato dall'ufficiale di stato civile competente e debitamente legalizzato, ove occorra, dall'autorità legittima, il notaio lo renderà palese (Art. 65 del Regol. 24 Dic. 1875 per l'esecuzione della L. Not.), l'erede se ne fa rilasciare una copia e senz'altro eseguisce la volontà del defunto. Autorizzato al rilascio nel caso di testamento rogato da due notai è (Art. 69 Reg.) solo quello che o per destinazione del testatore o, in mancanza di questa, per anzianità d'ufficio (Art. 53 L. Not.) ha il deposito del testamento. — Che se nel testamento esista una disposizione in favore di stabilimenti o corpi morali, siano ecclesiastici o laicali, il Notaio dovrà darne notizia entro trenta giorni a chi rappresenti lo stabilimento o corpo morale, e, se si tratti di corpo morale da erigersi, secondo la rispettiva competenza al Procuratore generale del distretto od al Prefetto della provincia dove dovrebbe avere sede il nuovo corpo morale. L'ommissione od il ritardo di questa notificazione renderà il notaio responsabile dei danni che ne fossero derivati (Art. 46 cit. Reg.).

Senonchè l'atto che apparisce essere un testamento pubblico può non ottenere esecuzione per una di queste due cause: I.) o perchè rivocato, ed allora è inefficace di pien diritto. II.) o perchè viziato. Ed il vizio alla sua volta può procedere da due motivi, che sono: 1.) il *falso,* nel qual caso il testamento non è sostanzialmente, tuttochè appaia estrinsecamente, perfetto, per ciò che enuncia o manifesta cose in realtà non avvenute; 2.) la inosservanza di forme, dove potrà accadere precisamente l'opposto in base a quanto

si disse già circa le menzioni dell'atto. Sì nell'un caso come nell'altro la esecuzione non è impossibilitata di pien diritto, ma solo in seguito ad azione delle persone interessate, querela di falso nel primo caso, azione di nullità nel secondo. Ed è notevole che queste azioni hanno ciascuna una vita propria, non si consumano, dirò col Forti [1]) fra loro, attesa la diversità della causa da cui dipendono, dello scopo che intendono provocare; sicchè, rimasti soccombenti nella querela di falso, si potrà benissimo impugnare il testamento per inosservanza di forme.

Ora di tuttociò intendo brevemente occuparmi in due separate Sezioni, la seconda delle quali distinta, in conformità a quanto testè dissi, in due paragrafi. Chiuderanno finalmente il Capitolo, e con esso questo mio lavoruccio, alcuni cenni sull'importante materia della responsabilità notarile, raccolti in una terza Sezione.

SEZIONE PRIMA

Inesecuzione per revoca.

Sommario. Sul non ammesso ritiro del testamento dal notaio. Rilascio di copia al testatore, e caso di sua cancellazione o lacerazione.

È estraneo al mio soggetto l'esame dei modi onde i testamenti in generale, e quindi anche il testamento per atto pubblico possono espressamente o tacitamente venir revocati. Una sola cosa interessa notare a questo proposito, ed è che, mentre il testamento segreto può rivocarsi ritirandolo dalle mani del notaio nei modi e forme di cui all'Art. 915 del Codice, questo modo di revoca espressa non è ammesso riguardo al pubblico, il quale, mancando speciale disposizione, soggiace alla regola generale che il notaio non può rilasciare ad alcuno gli originali degli atti, salvo trattisi di procure speciali, consensi od autorizzazioni o delegazioni per l'esercizio del diritto di elettorato nei casi determinati dalle Leggi politiche (Art. 55 comb. coll'Art. 65 della Legge Not.). In

1) Op. cit. pag. 363.

conseguenza non è nemmeno applicabile la revoca consistente in cancellazione o lacerazione o raschiature dell' atto, valida pell' olografo.

Pur dissentendo da quelli che vorrebbero che il testamento pubblico potesse stendersi in brevetto, con che rimarrebbe poi nelle mani del disponente come un qualunque olografo, mi parrebbe conveniente che, ricevuto nelle matrici del notaio, potesse tuttavia restituirsi al testatore che lo richiedesse, ravvisando in ciò una revoca espressa. Infatti vivente il de cuius il testamento non ha tutto il carattere di pubblicità proprio degli altri atti autentici, nel senso che debba, custodito dal notaio, essere alla portata di tutti: anzi è affatto il contrario, dacchè l'Art. 59 della Legge stabilisce, com'ebbi occasione di notare altra volta, che non si possa permettere l'ispezione o la lettura o dar copia degli atti di ultima volontà, o rilasciarne estratti o certificati durante la vita del testatore se non al testatore medesimo od a persona munita di speciale mandato in forma autentica. Manca adunque rispetto al testamento pubblico la ragione che ispira la regola generale contenuta nell'Art. 55, e quindi, non derogandovi in riguardo ad esso, si venne meno al principio per cui «cessante ratione legis» dovrebbe cessare «et ipsa lex».

Chè se il testatore, fattasi rilasciare una copia del suo testamento, la cancellasse o lacerasse, questi fatti non nuoceranno punto all'originale rimasto presso il notaio [1]).

---

[1]) Troplong, n. 2115.

SEZIONE SECONDA

Inesecuzione per vizii dell'atto.

§ 1.

Falso.

Sommario. Concetto del falso nei testamenti. Il falso in Diritto Romano. Casi in cui si procede per falso. Criterio onde giudicare quando il notaio risponda delle false dichiarazioni. Del falso in relazione alla sottoscrizione e alla data. Effetti della querela di falso. Se ammissibili a deporre i testimonii istrumentarii. Se possa applicarsi l'art. 1311 al testamento impugnabile per falso.

Non è dato di provare il contrario di quanto appare da un testamento pubblico se non mediante querela di falso, ciò che è comune del resto a tutti gli atti autentici (C. C. articolo 1317), ed allora, ma allora soltanto, diventa possibile l'accoglimento della prova testimoniale onde provare il contrario di quello che nell'atto pubblico è attestato dal notaio. Senza l'attacco di falso non si può ammettere simile prova ancorchè le parti concordemente la ricerchino ed accettino, essendo tale divieto di ordine pubblico, sicchè non è dato ai privati di derogarvi [1]). — Che cosa s' intende per falso? Risponde il C. 1 della Novella 73 di Giustiniano, ov'è detto: « Nihil est aliud falsitas nisi veritatis imitatio ». La querela di falso si riscontra appunto nel Diritto Romano. Sopra il delitto di falso nei testamenti disponeva la Legge Cornelia *de falsis*, intorno alla quale havvi un espresso Titolo nei Digesti, ed è il Titolo 10 del Libro 48, donde può rilevarsi come gravi ne fossero fin d'allora le pene (deportazione, confisca dei beni, e se il reo era un servo persino la morte). Anche in altre parti del Corpus Juris è fatto cenno della pena di falso: p. es. la l. 29 Cod. de test. et quem. test. ord. 6. 23 espressamente la minaccia, dopo di avere stabilito che il nome dell'erede dal testatore sia scritto o nuncupato, colle parole: « Scituris et tabellionibus et his, qui con-

1) Cfr. Cass. di Roma, Sent. 19 Giugno 1876. (*Giornale dei Notai*, II, pag. 109).

ficienda testamenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint poenam falsitatis non evitabunt ».

Consultando ora il nostro Codice penale, vediamo che in genere questo reato può procedere o da un pubblico ufficiale o da una terza persona (art. 341-349), ed ivi se ne determinano i caratteri e le pene. Per quanto risguarda il testamento pubblico mi restringo al caso del falso procedente dal notaio rogante, e passando ad indicare i motivi per cui si può allora attaccare di falso un documento che ha l'estrinseca apparenza di testamento, noto col Forti che ciò avverrà [1]: O perchè si deduce che il preteso testatore non ha testato e che in conseguenza l'asserto testamento deve dichiararsi come supposto di sana pianta; O perchè si deduce che il notaio nel redigere la volontà del testatore inserì delle disposizioni che dalla volontà del testatore non furon dettate: O perchè si sostiene che l'ordinazione del testamento non è stata eseguita nella forma che il notaio asserisce avere osservata. Vedesi che in tutti questi casi la prova, la quale incombe naturalmente al querelante, potrà riuscire tanto difficile quanto esser deve di necessità piena e rigorosa, perchè basti a distruggere quella forte presunzione di verità ch'è inerente all'atto impugnato in virtù della fede che la legge accorda al notaio ed ai testimonii. Come cioè pubblica è la fede che la legge attribuisce all'atto autentico, così ragione voleva che anche il procedimento destinato a constatarne la falsità fosse circondato da speciali guarentigie, affinchè da una parte l'atto stesso fosse tutelato da troppo facili ed inconsulte accuse, dall'altro fosse assicurata l'azione della punitiva giustizia in caso che la querela si riconoscesse avere reale fondamento [2].

Le dette cause che danno luogo all'*iscrizione in falso*, per usare il termine tecnico tratto dalla giurisprudenza francese, si possono ridurre a due categorie: 1) quelle onde si impugna il *contenuto*, il dispositivo dell'atto, dove è a notare specialmente che, anche provate false *solo* alcune di-

---

[1]) Forti. Op. cit. pag. 348 n. 333.

[2]) Cass. di Torino. Sent. 22 Giugno 1878 (*Monit. dei Trib.* anno 1878, pag. 762).

sposizioni, *tutto* il testamento però ne andrà annullato — 2) quelle che concernono le formalità, tanto se trattisi di quelle che esigono menzione, quanto se trattisi della data e delle firme, del cui adempimento sappiamo non esigersi notarile dichiarazione.

Quando si va contro al *contenuto*, non c'è luogo a tante distinzioni per vedere se sia o meno il caso di ricorrere alla querela: bisognerà sempre farne uso.

Invece occorre distinguere circa le *dichiarazioni del notaio*, perchè non sempre la loro impugnativa rende necessaria iscrizione in falso. Il criterio direttivo in proposito ce lo somministra l'art. 1316 del Codice ed è questo, che il notaio risponde per falso circa i fatti che asserisce *avvenuti* alla sua presenza. Dal che deriva, ed è giurisprudenza costante, che la dichiarazione del notaio che il testatore era sano di mente ammette prova in contrario, ma non autorizza la querela in falso dell'atto. Il notaio, dichiarando il testatore in istato di perfetta sanità di mente, non attesta un fatto proprio del suo ufficio, ma forma per regola sulle apparenze un semplice apprezzamento; quindi non si dà iscrizione in falso se non quando i fatti i quali si adducono siano tali da escludere necessariamente la sanità di mente [1]).

Infine anche rapporto a quelle formalità di cui non si richiede menzione, cioè la *data* e la *firma*, può sorgere questione se l'impugnativa loro formi o no materia d'iscrizione in falso. Lasciando di esaminare molti casi controversi che in concreto possono qui sorgere, quanto alla data noto soltanto che l'aggiunzione posteriore di essa, se fatta senza frode e al solo scopo di rettificare un errore materiale sfuggito al notaio, se non potrà salvare l'atto dalla nullità (Troplong anche da ciò dissente [2])), non darà però argomento alla querela; e rapporto alla sottoscrizione mi limito a prendere dalla giurisprudenza le seguenti due massime, sulle quali del resto i notai pella delicatezza dell'argomento e difficoltà della prova si guarderanno dal fare troppo a fidanza, e cioè che, se il

---

1) C. d'App. di Milano. Sent. 21 Gennaio 1876.

2) Troplong, n. 1575.

notaio ha di sua mano corretta e completata la firma posta dal testatore, non si ha in questo un motivo per impugnare l'atto di falso e che neppure può ravvisarsi un motivo di falso nel fatto che il notaio guidi nella sottoscrizione la mano del testatore; sarebbe però il contrario se il testatore nel firmare fosse stato affatto passivo [1]).

Tanto sui motivi che occasionano la querela di falso.

È regola generale (C. C. art. 1317), di qualunque atto pubblico si tratti, che nel caso di querela di falso in via penale l'esecuzione dell'atto impugnato per falso viene sospesa col mandato di cattura: sino a che non sia rilasciato il mandato di cattura, o nel caso di querela di falso in via civile, l'autorità giudiziaria può, a norma delle circostanze, (quindi incensurabilità in Cassazione) sospendere temporaneamente l'esecuzione dell'atto.

Non è mio compito ora di scendere alle norme del procedimento per falso: accenno soltanto alla questione molto dibattuta se sia ammissibile la testimonianza dei testimonii istrumentarii, e mi dichiaro per l'affermativa, salvo poi al giudice il tenere nel debito conto le loro deposizioni presuntivamente sospette, venendo essi in certo modo a testificare in causa propria, ragione per cui verranno sentiti senza giuramento: ciò tanto più in quanto l'art. 306 C. p. c. parla in genere di testimonii da esaminarsi senza fare distinzioni di sorta [2]).

Chiudo osservando che ritengo benissimo applicabile al testamento, che presenterebbe gli estremi per essere impugnato come falso, l'art. 1311 del Codice per cui la conferma, ratifica o esecuzione *volontaria* (cioè fatta con conoscenza del vizio) di una disposizione testamentaria per parte degli eredi od aventi causa dal testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre i vizii delle forme e qualunque altra eccezione.

Nè vale il sottilizzare, come fa basandosi su qualche

---

[1]) Cit. Sent. 21 Genn. 1876 della Corte di Milano.

[2]) V. in questo senso Troplong nn. 1567, 1568, contra Borsari, III, § 1693, 2, pag. 335.

giudicato il Ricci [1]), col dire che il nulla nè si conferma, nè si ratifica, nè si eseguisce, e che perciò l'articolo converrà al caso di testamento difettoso pella forma, ma non ad uno arguibile di falso, perchè anche il testamento viziato per mancanza di formalità è da risguardarsi giuridicamente come non mai esistito, tanto è assoluta la nullità comminata dall'articolo 804 del Codice e dal 49 della L. Not. — Accordiamo pure che interceda una differenza fra i due casi, per ciò che in uno vi ha almeno un substratum, che manca invece affatto nell'altro. Ma che per ciò? È forse meno piena quella *volontà*, che cosciente del vizio, diede all'atto la sua esecuzione? In ciò sta l'essenziale e non nella maggiore o minore entità del vizio. Abbiamo sempre, e nell'un caso e nell'altro, persone che avrebbero avuto diritto di far aprire la successione legittima in presenza di un testamento inefficace, e, se hanno di questo diritto volontariamente disposto col rinunciarvi anzichè coll'esercitarlo, tal sia di loro, non potranno più ritrattarsi, perchè ormai ci sono dei terzi che sull'eredità acquistarono diritti, non già in base al testamento per sè e nell'uno e nell'altro caso *assolutamente* incapace di trasferirne, ma in dipendenza della volontà di essi eredi legittimi. — Tale almeno è la mia opinione.

§ 2.

Nullità per vizio di forme.

Sommario. Da che derivi questa nullità. Inapplicabilità dell'art. 1316 del C. C. Applicazione degli art. 1310 e 1311. Se ammissibile la revocabilità di questa nullità.

La incapacità di persone intervenienti alla confezione o la inosservanza di qualche forma essenziale annulla il testamento, il quale pertanto si considera come inesistente ab origine, nè trova qui applicazione l'art. 1316 del C. C., il quale dichiara che l'atto che per incompetenza od incapacità dell'uffiziale o per difetto di forma non ha forza di atto pubblico, vale come scrittura privata, quando sia stato sotto-

[1]) Ricci III, pag. 331, n. 261.

scritto dalle parti (nel caso nostro sarebbe a dirsi dal testatore): altrimenti alle tre forme ordinarie unicamente ammesse dal Codice si verrebbe ad aggiungerne una quarta, cioè un testamento privato non olografo. — Parimenti non è sanatoria bastante la posteriore conferma del disponente (art. 1310), ma bensì, come dissi testè, quella (e in tale caso si dirà più propriamente ratifica) procedente dai suoi eredi od aventi causa (art. 1311).

Ci fu chi sostenne la revocabilità della nullità derivante da ommessa menzione qualora si possa altrimenti in modo irrefragabile provare che la formalità di cui si tacque la menzione venne adempiuta, che la legge non fa che *presumere* la nullità per difetto di forma quando manchi la menzione, come *presume* la validità se la menzione apparisce, e che come questa menzione non esclude *ex post facto* la prova reale di nullità (iscrizione in falso) così la presunzione legale d'invalidità non esclude la prova reale di validità [1]. — Al che obbietterei anzitutto che la menzione, come più volte si disse, se è da un lato prova dell'adempimento di altre formalità, è al tempo stesso una formalità essa medesima, pella cui ommissione, come per l'ommissione di qualunque altra solennità, la nullità è pronunciata dalla legge in via assoluta. È poi vero in fatto che dalla menzione non deriva se non una presunzione, *iuris* e non *de iure*, di validità (donde ammissibile l'iscrizione in falso), però dall'ommissione di essa deriva non una presunzione di nullità, ma una fondata *presunzione* di *fatti* (cioè di inosservanza di forme), in base ai quali la legge pronuncia la nullità, ed è presunzione non *iuris* soltanto, ma *iuris et de iure*, prova appunto la nullità che su di essa in via assoluta commina la legge.

Il parallelo adunque col caso di querela di falso non può, a mio avviso, istituirsi.

---

[1] Cfr. Romagnosi. Op. cit.

SEZIONE TERZA

Responsabilità notarile

Sommario. Difficoltà della materia e discrepanza di opinioni. Se e come possa derivarsi il concetto della responsabilità dell'ufficiale pubblico dal Diritto Romano. — Distinzioni che credo da farsi in materia. Come definire la responsabilità notarile in relazione ai testamenti. Sua applicazione trattandosi di vizio di forme, e in particolare quando se ne possa discorrere relativamente ai casi di falso. Se la responsabilità sia di ragione. Entro quali limiti debba contenersi. Applicazione a casi particolari. Cause escusanti ammissibili in favore del notaio. Il notaio può condannarsi colla sentenza annullante il testamento.

L'argomento della responsabilità notarile in genere, e in rapporto alla ricezione dei testamenti in ispecie, è di tale importanza da meritare per sè solo il più ampio sviluppo, quale per più circostanze a me torna impossibile. Consultando la dottrina e la giurisprudenza, così disparate e contradditorie ci appaiono le opinioni, tale in molte parti l'incertezza, tanto vasto il campo lasciato dal silenzio o dall'indeterminatezza della legge all'arbitrio del giudice, che, a voler disciplinare sotto principii generali e di ragione i molteplici casi concreti, ci si trova davvero fra mani una ben arruffata matassa.

Spiccano anzitutto le due correnti di quelli che favoreggiano la condizione del notaio fino a renderne quasi illusoria la responsabilità e di quelli che al contrario la aggraverebbero oltre misura, estremi fra cui oscillano varietà multiformi procedenti dal diverso e in generale poco chiaro concetto dell'ufficio che al notaio si affida.

Premetto, in via di accenno storico, che di questa responsabilità si potrebbe vedere il germe, almeno indirettamente, nel Diritto Romano, e non tanto come parve a taluno, nel Titolo 6.° del Libro XI dei Digesti, che si occupa della responsabilità dell'agrimensore e lo tiene irresponsabile «si imperite versatus est o si negligenter levi culpa egerit» e responsabile solo «si dolo malo vel culpa lata, quæ dolo

comparatur, egerit» [1]), norma estesa da Ulpiano ai tabularii (ragionieri non notai) [2]), perchè quelle disposizioni erano particolari ad una classe di persone tenuta in una considerazione speciale, e per cui avevansi particolari riguardi. Mi fermerei piuttosto a quella parte dei Digesti [3]), ove si tratta della responsabilità del giudice, che abbia giudicato male non solo se intervenne dolo, ma anche soltanto per colpa; parimenti ai D. de magistratibus conveniendis [4]) dove si accorda l'azione utile contro i magistrati municipali che hanno nominato i tutori al pupillo, sussidiariamente, a titolo di indennità, se dopo l'amministrazione della tutela i tutori si trovassero insolventi e non si potesse esigere l'intiero mediante la cauzione dei fideiussori. Mi fermerei, dico, a questi luoghi per dedurne che l'idea della responsabilità di un ufficiale pubblico, quale è da noi il Notaio, riguardo agli atti del suo ministero, anche intervenendo la semplice colpa, era già accolta in Diritto Romano.

Ora quelli che negano simile responsabilità per colpa dicono che il notaio non è che un mandatario e che perciò gli va applicato il principio «Non amplius quam bonam fidem præstare oportet eum, qui procurat». [5]). Ma giustamente si osservò in contrario che non sono mandatarii perchè di *necessità* retribuiti.

E, quanto alle nullità testamentarie in ispecie, alcuni nel dichiararne irresponsabili i notai adducono la ragione che, a differenza del caso di contratti nulli, qui non si tratta che di un lucro mancato senza esborso di alcun valore, essendo la successione un modo di acquisto a titolo lucrativo: ossservazione, in base alla quale il Solon [6]), da cui fin qui in parte ho attinto, pur non accogliendo il principio della irresponsabilità, dichiara doversi usare verso i notai mag-

---

1) l. 1 h. t.
2) l. 7 § 4 h. t.
3) l. 6. D. De extraord. cognit. et si iud. lit. suam fecisse vider. 50 13.
4) 27 8.
5) l. 10 D. Mand. 17 1.
6) Solon. Delle nullità. Cap. XIV. Sez. I.

giore indulgenza in caso di nullità di testamenti che di nullità di contratti, tenendoli responsabili solo per dolo e colpa grave. Ma ecco di rincontro molti altri, cito fra questi colle sue parole il Buniva [1]), sostenere che tale distinzione fra varie specie di colpa, quando si tratta dell'ommissione di forme sostanziali, è contraria alla lettera ed allo spirito della legge. — E le opposte dottrine si sono fatta strada, come accennai, nella francese e nella patria giurisprudenza, portandovi la più profonda discordia, e di esagerazioni in un senso e nell'altro adottate da Tribunali si possono vedere più esempii in Toullier [2]).

Ed ora venendo ad esporre ciò ch'io penso in argomento, fedele al principio «distingue frequenter» comincierò dall'osservare che di responsabilità per rispetto al notaio riguardo gli atti ch'egli roga, si può parlare in due sensi. Abbiamo cioè: 1.) responsabilità pegli atti che compie nella *confezione* del rogito: 2.) responsabilità per la *custodia* del rogato istrumento. Rispetto a quest'ultima non c'è altro a dire se non ch'egli deve considerarsi come un qualunque depositario, sì da rispondere eziandio della colpa lieve. Più lungo invece sarà il mio discorso sul primo punto, a cui propriamente si riferiscono le sopraccennate questioni.

La *responsabilità,* ciò posto, consiste (parlo in relazione al testamento) nell'obbligo che ha il notaio di risarcire per l'importo del rispettivo lascito i beneficati scritti, in caso di vizio che annullò l'atto, se ed in quanto (si vedrà fra poco perchè io creda opportuna quest'aggiunta) essi sarebbero in effetto venuti alla successione nei limiti della disposizione testamentaria *per volontà del defunto,* qualora quel vizio non fosse esistito.

Il vizio che ha resa impossibile la esecuzione dell'atto può essere di più specie: o risguarda il contenuto delle disposizioni ch'è in contrasto colla legge, od è un falso, od è inosservanza di forme. Del contenuto non è affar mio il di-

---

1) Op. cit. pag. 192.

2) Toullier III. n. 389 pag. 108 e segg.

scorrere: dico soltanto che in generale, della nullità derivante da esso, mi parrebbe non dovesse rispondere l'ufficiale pubblico. Tratterò pertanto gli altri due casi.

Ora egli è evidente, in base alla data definizione della responsabilità, e una volta che per massima la si ammetta, che, applicabile di regola quando trattisi di nullità per difetto di forma, invece, intervenendo il *falso*, se ne potrà parlare in quei casi soltanto, in cui il falso, a ben guardare, concerna le formalità e precisamente quelle formalità, che non riflettono direttamente la volontà del testatore. Epperò se il testamento è falso per intero in quanto enuncia una volontà che il defunto non ha mai espressa, nulla potranno pretendere quelli che vi appariscono eredi scritti (salvo l'eventuale risarcimento dei danni), tuttochè in buona fede, perchè già essi per volontà del defunto non sarebbero mai venuti alla successione di lui, e quindi non vengono a perder nulla in causa dell'annullamento per falso. Così se il falso concernesse la firma, dato che, p. es., il notaio la avesse colla violenza materiale fatta apporre al defunto, quando, dopo aver questi espresse quelle disposizioni che si contengono nell'atto, pentitosene, non volea sottoscriverle, perchè qui il falso cade su di una formalità (la firma), che dipende dalla volontà del de cuius. Se per converso il falso consistesse in ciò, che il notaio avesse fatta, poniamo, menzione che il testamento fu *per sua cura* redatto mentre ciò non avvenne e simili, esso notaio risponderebbe verso gli eredi scritti, perch'essi, se quel vizio di forma non fosse, sarebbero venuti alla successione per volontà del defunto.

Precisati con ciò i casi, in cui di responsabilità notarile si potrebbe tenere parola, vediamo: I.) se questa responsabilità sia di ragione. II.) Entro quai limiti debba contenersi.

I.) La responsabilità del notaio io la desumerei dal fatto che, come accennai altrove, se il disponente è l'autore del contenuto dell'atto, il notaio ne è l'autore quanto alle forme. Ora la nullità è una pena; epperò se deriva da vizio nelle forme, per applicazione del principio « Pœna suos teneat auctores », dovrà colpire unicamente il notaio, mentre sa-

rebbe pena aberrante se dovesse sopportarsi da quelli che il de cujus beneficava nel testamento.

II.) Entro quali limiti ammettere questa responsabilità, o, in altri termini, quali gli estremi perchè detta pena possa applicarsi? — Il notaio compreso della gravità del suo ufficio deve *saper* adempierlo, perchè [1]) «non evvi temerità più inescusabile dell'imprendere a fare atti onde dipende l'altrui fortuna senz'avere le cognizioni a ciò necessarie», e adempierlo colla massima *diligenza*; quindi risponderà anche della colpa lieve (ciò che in sostanza non è che un'applicazione degli Art. 1151 e 1152 del Cod. Civ.), non esclusa però l'ammissibilità di qualche causa escusante in vista di particolari circostanze di fatto.

Senonchè, pure adottato questo principio, potremo dissentire nella determinazione concreta dei casi che devono cadere sotto di esso. Tolgo fuori fra tanti un esempio dalla nostra giurisprudenza. La Cassazione di Torino [2]), in riforma a sentenza della Corte d'Appello di Genova, dichiarava fuori di responsabilità il notaio che avea redatto un testamento, annullato per manco di dichiarazione della causa per cui il disponente non aveva potuto sottoscrivere, dacchè si chiudeva colle imperfette espressioni «*Interrogato il testatore a sottoscriversi, ha dichiarato di non potere e si sottosegna*», e pronunziò simile irresponsabilità allegando che il notaio è fuori del debito suo, quando ha fatta la dichiarazione tal quale viene emessa dal testatore, dicendo la legge soltanto «..... e il notaio farà menzione di tale dichiarazione», vale a dire *ad verbum*; di guisa che, se potrebbe lodarsi quel notaio che, nella possibile difettività della dichiarazione emessa dal testatore, lo eccitasse a meglio spiegarla, formularla e precisarla, tacendo però al riguardo la legge non si può dire che, ciò non facendo, egli incorra in alcuna legale responsabilità per mancanza di quella colpa che la legge esige onde dar carico al notaio della nullità del testamento. — Ora io trovo che questo giudicato è cen-

---

1) Troplong, n. 1520.

2) Sent. 12 Luglio 1876 (Ann. giur. it. X p. 1. pag. 375).

surabile. Il testamento fu annullato perchè giustamente si ritenne non contenesse la dichiarazione della *causa* che impedì di sottoscrivere, in cui difetto la dichiarazione della semplice impotenza a nulla giova. È certamente vero che chi deve *dichiarare la causa* effettiva è il testatore, ma sta altresì che era obbligo del notaio di *fare menzione* di *questa* dichiarazione. L'Art. 779 cioè gli impone di fare menzione di *tale* dichiarazione, nel supposto appunto che il testatore l'abbia fatta *quale* la domanda la legge: e se la dichiarazione era difettosa, il notaio non doveva acquetarvisi, perchè la dichiarazione della semplice impotenza in realtà gli impediva di soddisfare il debito *tutto suo* della menzione quale è voluta dalla legge, e, s'egli cionullostante la ha così imperfettamente apposta, ne deve rispondere; perchè, ripeto, sarà benissimo che il testatore non ha *dichiarato* tutto ciò che doveva, ma sta altresì che neppur egli alla sua volta ha ciò che doveva *menzionato*.

Mi pare che quest'esempio provi a sufficienza le divergenze che possono sorgere in pratica nel precisare quando ci sia e quando no colpa per parte del notaio. Aggiungasi soltanto che l'insania di mente del testatore, per cui l'atto si annulla, come, salvo caso di dolo, non assoggetta il notaio, che ha fatta la contraria dichiarazione, alle conseguenze di un falso, così non lo obbliga di regola al risarcimento verso gli eredi scritti.

Si suol trattare a parte, in relazione alla responsabilità, il caso di *adibizione di testimonii incapaci*. Ma io credo che il notaio debba risponderne pella stessa ragione, per cui risponde di una forma imperfetta, sbagliata, e quindi anche entro gli stessi limiti, avvegnachè la presenza dei testimonii non alla sostanza si attiene, ma alla forma, e questa deve essere curata dal notaio. In applicazione di che la sua responsabilità sarà piena, quando i testimonii siano stati procurati da lui, e si limiterà alla mancanza di diligenza nell'esaminarne i requisiti quando furono addotti dal testatore.

Finalmente ci può essere per il notaio qualche *causa escusante*, data la quale la sua responsabilità viene meno, esempio il caso che la nullità derivi da una disposizione di legge,

sul cui valore esiste una diversa giurisprudenza. In base al quale principio Toullier [1]) loda a ragione una sentenza (29 Maggio 1810) dell'Appello di Douai, che scusò un notaio che avea redatto un testamento dichiarato poi nullo perchè contenente legati in favore di due sue figlie e di una sua nipote, per ciò che su quel punto taceva il Codice, e la questione dell'applicabilità ai testamenti della relativa disposizione della Legge 25 ventoso anno XI «*avait étée longtemps controversée et diversement decidée par differents Cours*».

Non aderisco invece a quegli autori e giudicati, che dichiarano scusabile il notaio quando ha creduto di usare un vocabolo equipollente, e tale non fu ritenuto dai giudici; — non vi aderisco perchè «Res iudicata *pro veritate* habetur», sicchè la sentenza del giudice, che dichiara non equipollente un vocabolo, non può prendersi come un puro apprezzamento filologico, da cui al notaio sia lecito dissentire ancora. La sentenza si impone al notaio stesso: il pronunciato del giudice è verità — è indiscutibile ormai che quel vocabolo non era un equipollente ed il giudice non ha fatto che dichiarare questa verità, *già sussistente* quando di quel vocabolo improprio ha fatto uso il notaio. — L'accogliere questa massima, che forse può parere eccessivamente rigorosa, metterà in guardia ognora più i notai inducendoli a servirsi delle parole della legge, scambio di andare in cerca di equipollenti. Se è vero che la legge non impone i termini proprii come sacramentali, è altrettanto fuor di dubbio che il notaio, scostandosene, si serve a proprio rischio e pericolo di una facoltà, sul cui uso la legge ha ragione in ogni caso di essere il più possibile severa, dal momento ch'egli, dispettando le espressioni sue, altre ve ne surroga di proprio arbitrio, col quale fatto viene ad impegnarsi verso il testatore che la validità delle di lui disposizioni non ne andrà menomamente turbata.

---

1) III, n. 389, pag. 110.

Chiudo osservando che il notaio può essere condannato al risarcimento dei danni e spese nello stesso giudizio nel quale si pronunzia la nullità del testamento, se egli assunse la difesa ed il rilievo degli eredi [1]).

---

[1]) C. d'Appello di Torino Sent. 26 Febbraio 1875 (Ann. giur. it. IX p. 2, pag. 274).